Wie sind die Besitzverhältnisse bezüglich gepfändeter beweglicher Sachen zu beurteilen?

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt

von

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Kurt Paeckel
Kammergerichtsreferendar
aus **Berlin.**

Rostock.
Rats- und Universitäts-Buchdruckerei von Adlers Erben, G. m. b. H.
1911.

Referenten: Herr Prof. Dr. Bernhöft.

Herr Prof. Dr. Wachenfeld.

Inhalt.

Einleitung.

Seite

Besitz — Detention 1

Ausführung.

Kapitel 1.

A. Stellung des Gläubigers zum Gerichtsvollzieher

I. im Falle des § 808, I ZPO.

§ 1. Gläubiger Alleinbesitzer? 3

§ 2. Gläubiger mittelbarer Besitzer? 10

II. im Falle des § 808, II ZPO.

§ 3. 27

III. Folgen der aufgestellten Sätze bezüglich der Stellung des Gläubigers zum Gerichtsvollzieher.

§ 4. 28

Kapitel 2.

B. Stellung des Schuldners zum Gerichtsvollzieher

I. im Fall des § 808, I ZPO.

§ 5. Schuldner Alleinbesitzer? 31

§ 6. Schuldner mittelbarer Besitzer? 35

§ 7. Schuldner keinen Besitz? 37

II. im Fall des § 808, II ZPO.

§ 8. Gerichtsvollzieher unmittelbarer Besitzer? . 38

§ 9. Schuldner Besitzmittler des Gerichtsvollziehers? 58

§ 10. Mitbesitz des Gerichtsvollziehers und Schuldners? 62

Seite

III. Folgen der aufgestellten Sätze bezüglich der Stellung des Schuldners zum Gerichtsvollzieher.
§ 11. 63

Kapitel 3.

C. Stellung des Gerichtsvollziehers zum Staat.
§ 12. 72

Anhang.

Besitzverhältnisse im Fall der Pfändung nach §§ 809, 810, 815, 826 ZPO.
§ 13. Pfändung nach § 809 ZPO. 77
§ 14. Pfändung nach § 810 ZPO. 81
§ 15. Pfändung nach § 815 ZPO. 83
§ 16. Pfändung nach § 826 ZPO. 85

Schluß.

Darlegung der Ergebnisse 87

Literatur.

Affolter, Willensmoment beim Besitzerwerbe, ArchBürgR., **17.**
Archiv für bürgerliches Recht, **20,** 220 ff. (Oertmann).
Archiv für die zivilistische Praxis, **68,** 415 (OLG. Dresden).
Badische Rechtspraxis, 1900, 208; 1905, 89 (Karlsruhe).
Bähr, O., Zur Besitzlehre, Iherings J., **26,** 224 ff.
Bartel, Der mittelbare Besitz und die rei vindicatio gegen den mittelbaren Besitzer, (Diss.) Erlangen 1899.
Bekker, Können juristische Personen strafrechtlichen Besitz (Gewahrsam) haben? in Freiburger Abhandlungen aus dem Gebiete des öffentl. Rechts, Heft 14, 1908.
Bendix, Das deutsche Privatrecht, Breslau 1898.
Bernhöft u. Binder, Beiträge zur Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Heft I, Leipzig 1902.
Biermann, Sachenrecht, Kom., 2. Aufl., Berlin 1903.
Biermann, traditio ficta, Stuttgart 1891.
Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, besonderer Teil, 2. Aufl., Leipzig 1902.
Bluntschli, Staatswörterbuch, I, Zürich 1869.
Bluntschli-Brater, Staatswörterbuch, Stuttgart-Leipzig 1857.
Bruns, Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart, Tübingen 1848.
Bruns, Besitzklagen, Weimar 1874.
Buhl, Recht der beweglichen Sachen, Berlin 1901.
Bunsen, Zur Lehre von den nicht getrennten Erzeugnissen, ArchBürgR., **29,** 11 ff.
Bunsen, Die Lehre von der Zwangsvollstreckung, Wismar 1885.
Buschs Zeitschrift für Civilprozeß, **11,** 317 (OLG. Karlsruhe).

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, **2,** 4. Aufl., Jena 1904.

Crome, Bürgerliches Recht, Bd. **3.**

Demelius, Das Pfandrecht an beweglichen Sachen, Abt. I, Wien-Leipzig 1897.

Dernburg, Lehrbuch des preuß. Privatrechts, 5. Aufl., Halle 1894, I.

Dernburg, Bürgerliches Recht, **3,** Halle 1908, 4. Aufl.

Dernburg, Pandekten, 7. Aufl., I, Berlin 1902.

Deutsche Juristenzeitung 1904, S. 453 (Koch), S. 636 (Schönfeld).

Duchesne, Die Klage aus § 771 ZPO. i. Sächs. Archiv, **13,** 616 ff.

Dunkhase, Die Kenntnis des Gerichtsvollziehers von der Zahlungseinstellung des Schuldners oder von dem Eröffnungsantrage in ihrem Einfluß auf die Anfechtbarkeit nach § 23 KO. i. ArchzivPrax., Bd. 77, S. 145.

Eck, Vorträge über das Recht des BGB., 1./2. Aufl., **2,** Berlin 1904.

Eckstein, Stellung des Gerichtsvollziehers, i. Buschs Zeitschrift (ZZP.), **39,** 441 ff.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8./9. Aufl., **2,** Berlin 1905.

Engelmann, Deutscher Zivilprozeß, Breslau 1901.

Falkmann, Zwangsvollstreckung, Berlin 1888.

Falkmann, Zwangsvollstreckung, 2. Aufl., 1. Teil, Berlin 1908.

Fischer, Lehrbuch des preuß. Privatrechts, Berlin-Leipzig 1887.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Aufl., München 1909.

Förster-Eccius, Lehrbuch des preußischen Privatrechts, 5. Aufl., Bd. 1, Halle 1894.

Francke, Widerspruch Dritter gegen Zwangsvollstreckung der deutschen Zivilprozeßordnung, i. ZZP., Bd. 5.

Frank, Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 5./7. Aufl., Tübingen 1908.

Frank, C., Der Besitzwille nach dem BGB., Diss., Bonn 1890.

Gärtner, Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust nach römischem und neuem deutschen Recht, Breslau 1901, i. Leonhard Studien, Heft 4.

Gaupp-Stein, Kommentar zur ZPO., 8./9. Aufl., **2,** Tübingen 1908.

Geißler, Zur Frage des mittelbaren Besitzes des Veräußerers einer unter Eigentumsvorbehalt übergebenen beweglichen Sache, i. Juristische Wochenschrift (JW.) 1905, S. 521 ff.
Gierke, Verhandlungen des 24. Deutschen Juristentages.
Gierke, Deutsches Privatrecht, **2,** Sachenrecht, Leipzig 1905.
Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Jena 1897.
Glasenapp, Die Begründung der Interventionsklage auf Herausgabe abgepfändeter Mobilien, i. Gruchots Beiträg., **24,** 245.
Goldmann-Lilienthal, Bürgerliches Gesetzbuch, Sachenrecht, Berlin 1907.
Goldschmidt, Grundlagen des Besitzes, vermischte Schriften, **1,** 25 ff.
Goldschmidt, Studien zum Besitzrecht, i. Festgabe für Gneist, S. 61.
Goltdammer, Archiv für Strafrecht, Bd. **26,** 512 (1878); **45,** 322 (1897); **47,** 352 ff. (1900).
Großfeld, Die Ansprüche des Dritteigentümers aus unrechtmäßiger Mobiliarzwangsvollstreckung vor und seit dem Inkrafttreten des BGB., Diss., Rostock 1901.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. **30,** 1170; **42** (Bartels); **44,** 186; **49,** 415.
Grützmann, Wirkungen des Besitzes i. Sächs. Archiv, **8,** 321.
Grünhuts Zeitschrift, **12,** S. 1; **16,** 673.
Hahn, Der Auftrag des Gerichtsvollziehers zur Zwangsvollstreckung ein Mandat, i. Gruchot, **31,** 330 ff.
Haidlen, BGB., **2,** 3. Buch, Sachenrecht, Stuttgart 1897.
Hanseatische Gerichtszeitung 1882.
Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, **2,** Leipzig 1907.
Hirths Annalen des deutschen Reichs, 1905, 298 ff.
Homeyer, Haus- und Hofmarken, Berlin 1870.
Jahrbuch für württemberger Rechtspflege, **18,** 165.
Ihering, Der Besitzwille, Jena 1889.
Josef, Besitzklagen, i. ArchBürgR., **15.**
Isay, Geschäftsführung nach dem BGB., Jena 1900, i. Fischers Abhandlg.
Juristische Wochenschrift, Bd. 1884, 221; 1895, 543, Nr. 34 (RG.); 1898, 479; 1902, Beilag., S. 193; 1909, 131 (RG.).

Kahn, Die Natur der Interventionsklage i. d. ZPO. und deren Anwendung auf die Mobiliarexekution im Gebiete des französ. Rechts, i. ArchzivPrax., **70,** 434.
Kniep, Der Besitz des BGB., Jena 1900.
Kohler, Vertrag und Übergabe, i. ArchBürgR., **18,** 66/67.
Kohler, i. Holtzendorff Encyklp., **1,** 6. Aufl., Leipzig-Berlin 1904.
Kreß, Besitz und Recht, Nürnberg-Leipzig 1909.
Kretzschmar, Sachenrecht, Leipzig 1906.
Kroschel, i. ZZP., **12,** 479: Über den Einfluß der Beseitigung der Pfändungszeichen auf das Pfändungspfandrecht.
Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb, Leipzig 1899.
Liesicki u. Drewes, Die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen, Berlin 1896.
v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 6./7. Aufl., Berlin 1908.
Lobe, Über den Einfluß des BGB. auf das Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung des Besitzes. Leipzig 1898.
Maenner, Sachenrecht, 2. Aufl., München 1906.
Mandry-Geib, Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, 4. Aufl., Freiburg, Leipzig, Tübingen 1898.
Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 5. Aufl., Berlin 1910.
Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, **2,** Leipzig 1896.
Meißner, Kommentar zum BGB., Breslau 1901.
Mitteilungen aus der Rechtspflege im vormalig. Kurfürstentum Hessen, **4,** Nr. 19, S. 41 (1896).
Mothes, Die Beschlagnahme, Leipzig 1903.
Müller, W. A., Die Wirksamkeit des Pfändungspfandrechts, Berlin 1907.
Nessel, Der Interventionsprozeß in der Zwangsvollstreckungsinstanz i. Geltungsbereiche des preuß. allgem. Landrechts, i. Gruchots Beitr., **28,** 95.
Nessel, Das Pfändungspfandrecht und der Interventionsprozeß nach preuß. Recht, Berlin 1897.
Neukamp, Kommentar zur ZPO., Göttingen 1900.
Neumann, Jahrbuch für das deutsche Reich, **1—8.**
Neumann, Handausgabe des BGB., **1,** Berlin 1909.
Olshausen, Kommentar zum StGB., 8. Aufl., **1,** 1909; **2,** 1910, Berlin.
Olshausen, Einsprüche Dritter in der Exekutionsinstanz nach gemeinem u. preuß. Rechte, Berlin 1874.

Petersen, Kommentar zur ZPO., 5. Aufl., **2,** Lahr 1906.
Planck, Kommentar zum Sachenrecht, 3. Aufl., Berlin 1906.
Planck, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 2. Teil, München 1896.
Przibilla, Zur Lehre vom mittelbaren Besitz, i. JW. 08, 395 ff.
Puchelts Zeitschrift, **35,** 713.
Pudor, Ist der Veräußerer einer beweglichen Sache, die er dem Erwerber unter Eigentumsvorbehalt übergeben hat, mittelbarer Besitzer? i. JW. 05, S. 414.
Randa, Der Besitz, 4. Aufl., Leipzig 1895.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (OLGRspr.), **2,** 58/9; 267; **4,** 48; **7,** 304 ff.; **10,** 114; **12,** 295/6; Dresden. **13,** 200 ff., Hamburg; **18,** 137.
Regelsberger, i. Iherings J., **44,** 422 (über Besitzerwerb durch Mittelspersonen).
Rehbein, Entscheidungen des Obertribunals, **1** (EOTr.).
Reichsgericht:
Entscheidung: i. Zivilsachen, **11,** 57; **14,** 358 ff.; **17,** 332; **26,** 182; **34,** 464; **35,** 333; **39,** Nr. 39, 160; **49,** 173; **54,** 72 u. 397; **56,** 90 ff.; **57,** 326; i. Strafsachen **2,** 65; **5,** 37; **18,** 163;
Rechtsprechung i. Strafsachen: **7,** 572 ff.; **8,** 479/80, Nr. 191;
i. Seufferts Archiv: **5,** Nr. 26, 30/31; **7,** Nr. 317; 378; **14,** Nr. 236, 393; **19,** Nr. 46, 74; **30,** Nr. 119; **39,** Nr. 274, 372; **43,** Nr. 74; **57,** 35; **59,** Nr. 245, 425; **62,** Nr. 247, 435.
Reichsgerichts-Räte, BGB. Kommentar, Der, **1,** Nürnberg-Leipzig 1910.
Reincke, Erläuterungen der Zivilprozeßordnung, 6. Aufl., Berlin 1910.
Rheinisches Archiv für das Zivil- und Kriminalrecht der Königl. Preuß. Rheinprovinz, **98,** 114.
Richter, Das 8. Buch der Zivilprozeßordnung: Die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen, Düsseldorf 1890.
Riedinger, Besitz an gepfändeten Sachen, Breslau 1903.
Riehl, Zwangsvollstreckung gemäß §§ 716 ff. ZPO., i. Buschs ZZP., **17,** 36.
Riehl, Über die materiellrechtlichen Voraussetzungen des Pfändungspfandrechts, Berlin 1880.
Roer, Besitz an gepfändeten Sachen nach dem Rechte des deutschen Reichs, Diss., Breslau 1904.
Rohde, Studien im Besitzrecht, Abschn. I, II, XIX, XX, XXI, Düsseldorf 1907, 1909.

Rotering, Aus der Lehre vom Besitze, i. ArchBürgR., **27,** 70 ff.

Rotteck-Welker, Das Staatslexikon, Leipzig 1858.

Rottmann, Die zivilrechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers nach der Reichsgesetzgebung, Diss., Würzburg 1899.

Rubensohn, Der gute Glaube des pfändenden Gläubigers, i. ArchzivPrax., **90,** 1900.

Rümelin, Das Handeln in fremdem Namen i. BGB., i. ArchzivPrax., **93,** 262/3.

Sächs. Archiv für bürgerl. Recht und Prozeß, **1,** 62 (OLG. Dresden); **7,** 205 (1897 Dresden); **10,** 459.

v. Sarwey, Kommentar zur ZPO., Berlin 1879.

v. Sarwey-Bossert, Kommentar zur KO., Berlin 1901.

Schenk, Der Besitz des Gerichtsvollziehers an gepfändeten Sachen, Diss., Breslau 1904.

Scherer, Sachenrecht des BGB., Erlangen 1899.

Schmidt, Der Einfluß des BGB. auf das Strafrecht, i. DJZ., 1900, S. 149.

Schmidt, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 2. Aufl., Leipzig 1906.

Schönfeld, Preuß. Gerichtsvollzieher, 6. Aufl., Breslau 1909.

Schröder, Über Wechselwirkungen des BGB. und Strafrecht, i. ArchzivPr., **97,** 373.

v. Schrutka-Rechtenstamm, Zur Dogmengeschichte und Dogmatik der Freigebung fremder Sachen im Zwangsvollstreckungsverfahren, Dogm. T., Berlin 1893.

v. Schrutka-Rechtenstamm, Über das Rechtsverhältnis zwischen Exekutionsucher und Exekutionsorgan i. Grünhuts Z., **16,** 673 ff.

Schwenke, Die zivilrechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers, Diss., Göttingen 1894.

Schwenk, Der Rechtsschutz des mittelbaren Besitzes, Diss., Breslau 1903.

Seuffert, Kommentar zur ZPO., 10. Aufl., **2,** München 1908.

Siebert, Das pignus in causa iudicati captum und das Vollstreckungspfand der ZPO., Diss., Erlangen 1897.

Staudinger, Kommentar zum BGB., 5./6. Aufl., **3,** München 1909.

Strohal, Der Sachbesitz nach dem BGB., i. Iherings J. f. Dogm., **38,** 1 ff.

Strohal, Zum Besitzrecht des Entw. eines BGB., i. Iherings J., **29,** 357.

Struckmann-Koch, Kommentar zur ZPO., 9. Aufl., 1910.
Sydow-Busch, ZPO., 12. Aufl., Berlin 1910.
Tenbieg, Das Pfändungspfandrecht, Diss., Erlangen 1898.
Thiesing, Ist der Veräußerer einer beweglichen Sache, die er dem Erwerber unter Eigentumsvorbehalt übergeben, mittelbarer Besitzer? i. ArchBürgR., **20,** 247.
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht, **1,** Sachenrecht, 3. Aufl., Paderborn 1906.
Tzaschachmann, Das pignus in causa iudicata captum, verglichen mit dem Pfändungspfande der ZPO., Diss., Greifswald 1899.
Vogt, Die Besitzverhältnisse an einer gepfändeten Sache, Diss., Rostock 1903.
Voß, Condictio possessionis und Vollstreckungspfändung, i. ArchzivPr., **66.**
Voß, Über die zivilrechtliche Natur der Einsprüche Dritter in der Exekutionsinstanz, i. Gruchots Beitr., Bd. **23.**
Voß, Die Umbildung des dinglichen Rechts im sog. Interventionsanspruche, i. Gruchot, **25.**
Voß, Über die Belassung gepfändeter Sachen im Gewahrsam des Schuldners, i. Zeitschr. über Vollstreckungsrecht u. Zustellungswesen, 1899, 13. Jahrg., Nr. 7, 50 ff.
Voß, Pfändungsakt als Besitzerwerb nach dem BGB., ebd. Bd. 12, 1898, 123 ff.
Voß, Die materiellen Gegensätze zwischen den einstweiligen Anordnungen und den einstweiligen Verfügungen der ZPO., i. ArchzivPr., **71.**
Wach, Vorträge über die Reichszivilprozeßordnung, Bonn 1896, 2. Aufl.
Weidemann, Der mittelbare Besitz des BGB., Diss., Berlin 1902.
Weigert, Der Besitz an gepfändeten Sachen, Diss., Heidelberg 1907.
Weismann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses, **2,** Stuttgart 1905.
v. Welck, Die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers, i. Gruchot, **36,** 505 ff.
Wendt, Besitz und Besitzwille, i. Gießener Festschrift, 1907.
Wendt, Der mittelbare Besitz des BGB., i. ArchzivPr., **87,** 44.
Westerburg, Einige Bemerkungen über die Natur der Interventionsklagen in der Exekutionsinstanz, b. Gruchot, **23,** 874.

Wilmowski-Levy, Kommentar zur ZPO., 7. Aufl., Berlin 1895.
Windscheid-Kipp, Röm. Recht, 9. Aufl., Frankfurt a. M. 1908.
Wolf, Handkommentar zum BGB., 1908.
Wolff, Martin, Der Mitbesitz nach dem Recht des BGB. für das deutsche Reich, i. Iherings J., **44**, 143 ff.
Wolff, Martin, i. Festgabe für Hübler, Berlin 1905, Die Zwangsvollstreckung in eine dem Schuldner nicht gehörige bewegliche Sache.
Wolff, Martin in Enneccerus-Kipp-Wolff, M., Lehrbuch des bürgerl. Rechts, **2**, Abt. 1, Sachenrecht, 4./5. Aufl., Marburg 1909.
Zeitschrift für Handelsrecht, **52**, 297 ff. (Kipp).
Zeitschrift Das Recht, 1904, S. 555, OLG. Kolmar.

Einleitung.

Im gemeinen Recht schied man zwei Besitzbegriffe: den juristischen Besitz, der mit possessorischen Interdikten ausgestattet war, und die Detention, worunter man ein rein tatsächliches Verhältnis einer Person zu einer Sache ohne Besitzschutz verstand. Ob und inwieweit dieser Unterschied noch im Bürgerlichen Gesetzbuch besteht, kann hier dahingestellt bleiben[1]). Jedenfalls gibt auch das Bürgerliche Gesetzbuch nicht jedem, der die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat, Besitz. In § 855 ist, trotzdem der sog. Besitzdiener[2]) die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat, nur der Besitzherr Besitzer. § 868 BGB. gibt auch demjenigen, für den ein anderer die tatsächliche Gewalt ausübt, als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter . . . oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er dem andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, die Stellung eines Besitzers, trotzdem sich die Sache tatsächlich nicht in seiner Gewalt befindet. Ein Rest der Detention des gemeinen Rechtes

[1]) Vgl. darüber S. 38 ff.

[2]) Dieser Name stammt von Bekker, i. Iherings J., **34**, 42.

findet sich in der ZPO. unter dem Namen „Gewahrsam", den das Bürgerliche Gesetzbuch nicht kennt[1]). Welchen Einfluß auf diese Besitzverhältnisse eine Pfändung hat, m. a. W., welche Stellung der diese Pfändung bewirkende Gerichtsvollzieher dem Gläubiger, Schuldner, Staat gegenüber einnimmt, das ist von jeher bestritten, und diese Streitfrage ist auch unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht verstummt.

[1]) Über die Bedeutung des Begriffes „Gewahrsam" s. S. 38 ff.

Ausführung.

Kapitel 1.

A. Stellung des Gläubigers zum Gerichtsvollzieher

I. im Falle des § 808, I ZPO.

§ 1.

Gläubiger Alleinbesitzer?

Betrachten wir zunächst die Stellung des Gläubigers zum Gerichtsvollzieher im § 808, I ZPO.

Zur Untersuchung der Frage, ob dem Gläubiger überhaupt Besitz zukommt, ergeben sich für uns zwei Wege: entweder ist er unmittelbarer oder mittelbarer Besitzer. Wäre er Alleinbesitzer (wir gebrauchen diesen Ausdruck, um seine Stellung in Gegensatz zu setzen zum Besitzmittler), so müßte der Gerichtsvollzieher, da dieser die Sache tatsächlich in Händen hat, Besitzdiener des Gläubigers sein oder auf den Gläubiger müßte — worauf besonders Roer[1]) hinweist — § 856, II BGB. Anwendung finden[2]). Da letztere Möglichkeit

[1]) S. 20.

[2]) Für unmittelbaren Besitz des Gläubigers durch den Gerichtsvollzieher und mittelbaren Besitz des Schuldners ohne nähere Begründung, Engelmann, S. 424.

sich kürzer behandeln läßt, wollen wir sie zuerst betrachten.

§ 856, II BGB. besagt, daß „durch eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt" der Besitz nicht beendigt wird. Hat der Gläubiger vor der Pfändung den Besitz an den Sachen überhaupt innegehabt? Daß vor der Pfändung im Falle des § 808 ZPO. nicht der Gläubiger, sondern der Schuldner im Besitze der Sache gewesen ist, ist unbestreitbar; mithin ist aus diesem Grunde der Gläubiger nicht unmittelbarer Besitzer.

Ist er es aber, weil der Gerichtsvollzieher als sein Besitzdiener tätig ist?[1]) Wir müssen also feststellen, wer nach § 855 BGB. Besitzdiener ist. Die sich hierbei ergebenden Streitpunkte müssen hier in gleicher Weise wie später bei der Erörterung über § 868 BGB. insoweit angedeutet oder entwickelt werden, als zum Verständnis der folgenden Erörterungen und zur Unterscheidung der auf ihnen beruhenden verschiedenen Ergebnisse nötig ist. Wir werden dann im folgenden bei diesen immer wiederkehrenden Fragen auf die gewonnenen Resultate zurückkommen können.

Nach § 855 BGB. ist derjenige Besitzdiener, der „die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnisse (ausübt), vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen

[1]) So Rottmann, S. 44; Cosack, II, 66, § 185, VI, 2d; Weismann, II, 128 (analog).

des anderen Folge zu leisten hat". Es wird sich also hier regelmäßig um solche Abhängigkeitsverhältnisse handeln — nicht genügt eine bloße obligatorische Verpflichtung einem anderen gegenüber —, bei denen der Besitzdiener ähnlich wie beim Haushalt oder Erwerbsgeschäft derart die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat, daß der Besitzdiener ihm jederzeit die Gewalt entziehen und selbst ausüben kann, ohne daß er sich verbotener Eigenmacht gegenüber dem Besitzdiener schuldig macht und ohne daß der Besitzdiener eventl. ein Rückbehaltungsrecht geltend machen kann[1]). Ob es sich um ein solches handelt, wird nach der Verkehrsanschauung zu entscheiden sein. Aus diesem Grunde und aus den Worten „für einen anderen" versuchen einige die Abgrenzung des Begriffes „Besitzdiener" in einem subjektiven Moment, dem Willen. Doch ist im Bürgerlichen Gesetzbuch der Besitzwille hinter der tatsächlichen Gewalt zurückgetreten; wenn man wohl auch nicht leugnen kann, daß zum Besitzerwerb ein juristisch nicht qualifizierter Wille nötig ist, d. h., daß auch der Wille eines Geschäftsunfähigen ausreicht[3]). Nicht notwendig für § 855 BGB. ist ein Rechtsverhältnis, es genügt vielmehr ein tatsächliches, vorübergehendes,

---

[1]) Meißner, 8; Haidlen, 24; Schenk, 47; Gierke, Verhandlg., 31; Strohal, Sachbesitz, 9; Biermann, 11; Endemann, SR., 173; vgl. auch Weidemann, 16; Rotering i. Hirths Ann. 1905, 296.

[2]) Kreß, 166: er sieht in dem Abhängigkeitsverhältnis nur eine Form der Manifestierung des Willens; Wendt, i. Gieß. Festschrift 1907, 79 ff.; Frank, 27 ff.

[3]) Vgl. Frank, 38; Wolff, 23; RG.Räte, Komm. zu § 854, 719.

nur für den einzelnen Fall bestehendes[1]) Abhängigkeitsverhältnis[2]), zumal das Gesetz nichts darüber bestimmt; sollte es einen Unterschied ausmachen, ob ein Dienstbote auf Grund eines Dienstverhältnisses oder ob irgend eine andere Person aus Gefälligkeit in einem Hausstande tätig ist? Es fragt sich nun, ob außer dem Abhängigkeitsverhältnis jedesmal noch eine Ähnlichkeit mit dem Ersatzgeschäft oder Haushalt verlangt werden muß, wie wir dies im Falle des § 868 BGB. tun (vgl. unten S. 11 ff). Wenn wir, um zu einer Entscheidung zu kommen, untersuchen, worin die beiden Verhältnisse „Haushalt und Erwerbsgeschäft" sich ähnlich sind, so wird sich ergeben, daß die Ähnlichkeit nur in der Abhängigkeit zu sehen ist. Wir werden daher mit der herrschenden Meinung im Gegensatz zu § 868 BGB. nur ein Merkmal haben: die soziale Abhängigkeit und Unterordnung des Besitzdieners unter seinen Herrn[3]).

Nur Wendt[4]) tritt für ein zweites Merkmal: für die Beachtung des Haushalts und Erwerbsgeschäfts in § 855 BGB. ein. Er richtet sich hauptsächlich gegen

---

[1]) Weidemann, 15; Strohal, Sachbesitz, 10; Seufferts Archiv, **57,** Nr. 35.

[2]) Vgl. Planck zu 855; Wolff, 13; Strohal, Sachbesitz, 12; RG.Räte, Komm. zu 855, 721; Biermann, 35; Kretzschmar, 19; Schenk, 47; a. M. Riedinger, 80.

[3]) Vgl. Leonhard, 63; Wolff, 13; Endemann, 171, Anm. 14, der aber kein Unterordnungsverhältnis verlangt; Grützmann, 377; Planck, § 665; Gärtner, 145; Isay, 280, die nur insoweit von Planck abweichen, als sie eine äußere Erkennbarkeit und Verfügungsgewalt verlangen; Endemann, 167; Maenner, 126, Anm. 7.

[4]) I. ArchzivPrax., **87.**

Bekker[1]), der die Behauptung aufgestellt hat, daß unter die §§ 855 und 868 BGB. zum Teil gleiche Personengruppen fallen; zur Unterscheidung hat Bekker vorgeschlagen, den § 855 einfach durch ein „sofort" zu ergänzen. Hierauf entgegnet Wendt: „Depositare, Mandatare, Precaristen" könnten schon deshalb nie als Besitzdiener in Frage kommen, weil sich der § 855 nur auf solche Verhältnisse beziehe, die dem Haushalt oder Erwerbsgeschäft ähnlich seien — und zwar nicht nur in der Abhängigkeit. Daß diese Unterscheidung nicht zutreffend ist, zeigt sich unter anderem in dem Verhältnis des Soldaten zu seiner Uniform, der doch als Besitzdiener seiner Ausrüstung angesehen wird, obwohl das Verhältnis nicht dem des Erwerbsgeschäfts oder Haushalts in Wendts enger Auffassung ähnlich ist[2]).

Wenden wir nun die Ergebnisse auf unsern Fall an. Kann der Gläubiger dem Gerichtsvollzieher jederzeit die Gewalt über die Sache entziehen und selbsthandelnd eingreifen? U. E. wird jeder es als verbotene Eigenmacht ansehen, — was ja dem Besitzdiener gegenüber nicht der Fall ist — wenn der Gläubiger beim Gerichtsvollzieher erscheint, ihm die Sache abnimmt und selbst damit nach seinem Belieben verfahren, z. B. die Versteigerung selbst betreiben wollte. Kann der Gläubiger, falls ihm die vom Gerichtsvollzieher vollzogene Pfändung für seine Befriedigung nicht ausreichend erscheint,

[1]) Iherings J., **34**, 46; vgl. ders. Beiträge zur Auslegung des BGB., Heft 1, S. 19; ähnl. Affolter i. ArchBürgR., 10; a. M. Matthiass, 424; Biermann, 868, 35; Staudinger, 58.

[2]) Endemann, 171, Anm. 14.

selbst eine Vollstreckungshandlung vornehmen? Er würde hierdurch sicherlich wegen Amtsanmaßung mit dem Strafgesetzbuch in Konflikt kommen[1]).

Weismann[2]) kommt zu einer analogen Anwendung des § 855 BGB. auf den Gerichtsvollzieher. Nach seiner Ansicht übt der Gerichtsvollzieher öffentlich-rechtlichen Besitz aus (vgl. darüber S. 34/35); der Gläubiger ist als Besitzer anzusehen, „da jedenfalls dem Gläubiger Besitzschutz gebührt". Damit ist doch noch lange nicht — ganz abgesehen davon, daß ihm dieser Schutz u. E. gar nicht gebührt — der Besitz des Gläubigers bewiesen. Der Gläubiger hat Besitzschutz, wenn er Besitzer ist; man kann seinen Besitz aber nicht daraus erklären, daß ihm dieser Schutz „gebühre", damit könnte er auch den Besitz des Schuldners begründen. Mit dem Nachweise des Besitzes des Gläubigers steht und fällt die Behauptung Weismanns, § 855 BGB. analog anwenden zu können.

Auch Cosack[3]) hält den Gerichtsvollzieher für einen Besitzdiener, ohne dies näher zu begründen. Er stellt ihn auf gleiche Stufe mit dem Konkursverwalter und Vormund. Als Beispiel führt er nur den Vormund an, der ein Mündelgrundstück zu verwalten hat. Hat der Vormund es selbst in Besitz, so hält Cosack es für ganz annehmbar, daß in diesem Falle der Besitz auf den Erben übergeht; anders, wenn der Vormund es von einem ihm gehörigen Nachbargrundstück aus verwalten

[1]) Gaupp-Stein, 570; Bartels i. Gruch., **42**, 671/2; Schenk, 46; Mothes, 103.

[2]) S. 128.

[3]) Bürgerl. R., **2**, 66, § 185, VI, 2d.

läßt. Daß hier der Besitz auf den Vormund übergehen soll, hält Cosack für ganz verfehlt. Deshalb glaubt er dem Vormund — und somit auch dem Gerichtsvollzieher, den er ja diesem gleichstellt — lieber die Stellung eines Besitzdieners einräumen zu müssen und erklärt die seiner Ansicht entgegenstehenden §§ 2205 BGB., 117 KO. — § 808 ZPO. übersieht er — als Redaktionsfehler. U. E. ist das schon an und für sich eine eigentümliche und nicht überzeugende Beweisführung. Auch sind wir zu diesem Schluß gar nicht gezwungen. Läßt der Vormund, um bei dem von Cosack angeführten Beispiel zu bleiben, das Mündelgrundstück verwalten, so ist dieser Verwalter nur Verwalter des Vormunds als solchen, dieses Amtes, und zwar so lange, als dieses besteht — also längstens bis zum Tode des Vormunds. Stirbt der Vormund, so kann mithin der Besitz nicht auf seinen Erben übergehen[1]). Wir sehen also, daß es unrichtig ist, aus diesem Grunde lieber eine Besitzdienerschaft des Gerichtsvollziehers annehmen zu wollen, deren Voraussetzungen in keiner Weise gegeben sind; von unserem Standpunkte aus, die wir stets unmittelbaren Besitz des Gerichtsvollziehers annehmen (vgl. unten S. 36), würde wohl auch Cosack kein Bedenken tragen, dem Gerichtsvollzieher Besitz zuzusprechen[2]). Hieraus ergibt sich die Haltlosigkeit dieser Behauptung, mithin kann der Gläubiger überhaupt nicht Alleinbesitzer sein.

---

[1]) Strohal, Sachbesitz, 98; Biermann zu § 857, 14; ähnl. Turnau-Förster zu § 857, 67.

[2]) Schenk, S. 53 ff.

§ 2.

Gläubiger mittelbarer Besitzer?

Es ist uns also für die Besitzmöglichkeit des Gläubigers nur noch der mittelbare Besitz geblieben[1]). Besitzmittler könnten an sich alle bei der Pfändung

---

[1]) Die Gründe, die im gemeinen Recht für die possessio und detentio des Gläubigers angeführt sind, werden im allgemeinen auf den mittelbaren und unmittelbaren Besitz des BGB. passen (vgl. Riedinger, 52); hiernach wären für mittelbaren Besitz (possessio) des Gläubigers und unmittelbaren Besitz (detentio) des Gerichtsvollziehers: Gierke, PrivR., 979, Anm. 39; Mandry-Geib, 397; Gaupp-Stein, 570; Bartels i. Gruchot, **42,** 671, 672; Kniep, 143 ff.; Schenk, 29, 49; Dunkhase, ZivArch., **77,** 145; Petersen, 460 zu § 808/9; Neukamp, 781; Wilmowski-Levy, 1033; Siebert, 38; Goldmann-Lilienthal, 6, Anm. 15; Dernburg, Bürg.R., **3,** 53, Anm. 4; OLGRspr., **2,** 267; Maenner, 127, Anm. 10; Kretzschmar, SaR. zu 868, S. 38; Seuffert, 494, Nr. 3 f.; zu § 808; Planck, 61 zu 868, 2b; Staudinger zu 868, S. 60 (III, 2g); JW., **98,** 449; Mothes, 103; Glasenapp i. Gruchot, **24,** 248 ff.; Francke i. Buschs Z., **5,** 210, 216, 218; RG. i. JW., 95, 543, Nr. 34; Struckmann-Koch zu 808, Nr. 2; Bunsen, 153/4; Großfeld, 37; Falkmann, 1888, 66, Anm. 6; Kahn, ArchzivPr., **70,** 433 ff.; OLG. Dresden, ebd., **68,** 415; Jena, Rspr., **2,** 267; OLG. Dresden, OLGRspr., **12,** 285/96; Bad. Rechtsprax., 05, 89; Eck, Vorträge, **2,** 13; Westerburg i. Gruchot, **23,** 878, Anm. 9; Riehl, Pfändungspfand, 72/74, 76; Neumann, Komm. zu 868; Dernburg, Preuß. PrivR., 1894, § 154, Anm. 10; Tzaschachmann, 32; OLG. Dresden, Sächs. Arch., **7,** 205; Rottmann, 44, Anm. 1; Vogt, 34; Kroschel i. ZZP., **12,** 483, Anm. 10; RG., **39,** Nr. 39, S. 161; Petersen, 462 (zu 808); Bunsen, ArchBürgR., **29,** 31 ff.; v. Sarwey, 186 zu § 712 (alt. Fassg.); Richter, 168; Regelsberger, 422; Biermann, 35; Crome, 51, 1c; Windscheid-Kipp, **1,** 1184; Przibilla i. JW. 08, 395; im Resultat gleich: Kreß, S. 231, Anm. 674.

A. M. (Gläubiger keinen Besitz): Olshausen, Einspr., S. 19, 51; Bunsen, Zwgsv., S. 150; (Hahn, Arch. f. ziv. Prax., Bd. **70,** 433 [trotz Amtsth. für Besitz des Gläub.]); Riedinger, S. 51 ff.; Roer, S. 19 ff.; Voß, Zeitschr. f. Gev. Vollz., **12,** 123 ff.; Planck, ZPr., S. 723/4; Nessel i. Gruch., 28, S. 97, Pfändungspfand, S. 11.

beteiligten Personen sein: der Gerichtsvollzieher, Staat oder Schuldner. Untersuchen wir zunächst ob als Besitzmittler der Gerichtsvollzieher in Betracht kommen kann. Es müßte also auf Gerichtsvollzieher und Gläubiger § 868 BGB. Anwendung finden können.

In § 868 BGB. heißt es:

„Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz)."

Es taucht auch hier die Frage auf, ob die Ähnlichkeit der aufgezählten Personen gerade darin besteht, daß jemand einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, oder ob noch ein zweites Merkmal hinzukommen muß. Wir müssen also sehen, ob die Ähnlichkeit der genannten Personen nur darin besteht, daß sie auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet sind. Wir werden finden, daß notwendigerweise noch eine andere Ähnlichkeit vorhanden sein muß, da Nießbraucher und Pfandgläubiger als dinglich Berechtigte jedem gegenüber zum Besitze berechtigt sind und wohl niemand die Behauptung aufstellen möchte, daß diese, wie z. B. auch der Eigentümer, jedem gegenüber mittelbare Besitzer seien[1]). Strohal[2])

---

[1]) Wendt i. ArchzivPr., **87,** 44.

[2]) Jahrb. Dogm., **38,** 20 ff.; Biermann, 35; Pudor, JW. 05, 314; Matthiass, 426; Turnau-Förster zu 868; Gärtner 148.

findet dieses zweite Merkmal in einem „Anvertrauen“ von seiten des mittelbaren Besitzers, wobei er aber der von Endemann[1]) gezogenen Konsequenz, daß dann ein mittelbarer Besitz nie originär erworben werden könne, nicht folgt: er läßt einen mittelbaren Besitz auch in solchen Fällen zu, in denen jemand — wie z. B. ein Beauftragter, Testamentsvollstrecker — den Besitz erst von einem Dritten erlangt. Das zweite Kriterium besteht mithin nicht in einem „Anvertrauen“ oder darin, daß der unmittelbare Besitzer etwas „aus dem Vermögen[2])“ des mittelbaren Besitzers erhält, sondern es genügt, daß der Besitzmittler sein Recht oder seine Pflicht zum Besitze vom mittelbaren Besitzer ableitet[3]), und zwar derart, daß das Recht des unmittelbaren Besitzers gegenüber dem des mittelbaren inhaltlich beschränkt ist. Es kann daher über einem Fremdbesitz wohl noch einen zweiten Fremd- oder Eigenbesitz geben, aber nicht über einem Eigenbesitz einen Fremdbesitz[4]).

---

[1]) Endemann, **2**, 1, S. 163, Anm. 13.

[2]) Vgl. Leonhard, 60; Rümelin, 262/3; Isay, 274; Geißler, JW. 05, 522; a. M. Przibilla, JW. 08, 397.

[3]) Planck, 868; Biermann, 35; Kretzschmar, 19; ähnl. Wolff, 16, „der Besitz des Besitzmittlers muß der Ausdruck eines abgeleiteten Besitzes sein“; RG., **49**, 173; Thiesing, 247, der aber außer dem „Ableiten“ fordert, daß sie ihrem juristischen Wesen nach so gestaltet sind, daß der unmittelbare Besitzer die Sache nach einer Zeit zurückzugewähren hat; vgl. das Gesetz selbst, §§ 941, 986, 991 BGB. („ableiten“); vgl. Schenk, S. 48; Kreß, 193; Wendt, ArchzivPr., **87**, S. 44.

[4]) Wolff, 16; Bekker i. Iherings J., **34**, 47.

Der mittelbare Besitzer wird also regelmäßig gegenüber dem unmittelbaren Besitzer einen Herausgabeanspruch (§ 870 BGB.)[1]) auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses haben[2]); es genügt mithin zur Begründung des mittelbaren Besitzes nicht jeder bloße dingliche oder obligatorische Herausgabeanspruch, wie z. B. der Käufer, dem eine Sache noch nicht übergeben ist, nicht mittelbarer Besitzer des Verkäufers ist, weil dieser nicht durch den Käufer zu diesem Besitze berechtigt ist[3]), und das Eigentum wegen Mangels eines bestimmten Rechtsverhältnisses durch constitutum possessorium nicht übergegangen ist. Muß es aber sich notwendig um ein vertragliches Rechtsverhältnis handeln? Dies ist zu verneinen, da von diesem Erfordernisse nichts im Gesetze steht und unter Pfandrechten auch gesetzliche und richterliche zu verstehen sind[4]).

Trifft dies auf unsern Fall zu? Besteht zwischen Gläubiger und Gerichtsvollzieher ein dem in § 868 BGB. aufgeführten ähnliches Verhältnis, vermöge dessen der

---

[1]) Rohde, Abschn. 21, S. 14; Wolff, 16; a. M. Goldmann-Lilienthal, 6; Cosack, 63; Planck zu § 868, S. 63.

[2]) RG., **49,** 173; **54,** 397; Windscheid-Kipp, **1,** 794/5; OLG-Rspr., **2,** 267, Nr. 128.

[3]) Vgl. Kreß, 192; Strohal, SaBes., 19; Bartel, 11; Staudinger, 58 zu 868; a. M. Lobe, 26; Rohde, 07, 21, 23 ff.; vgl. noch Gierke, **2,** § 114, III, 5; Gierke, Verhandlg., 2, 32/33; Bendix, 521; Endemann, 167; Dernburg, BürgR., **3,** 53; Wedeli, 154 ff.; Schwenk, 14.

[4]) Rümelin, 263; Riedinger, 63; so auch OLG. Jena, **2,** 267; Staudinger, 58; Planck zu 868, Nr. 2b; a. M. Bartels b. Gruchot, **42,** 672; Voß i. Gervollz. Ztg., **12,** 126.

Gerichtsvollzieher dem Schuldner gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist? Zur Entscheidung dieser Frage kommt es zunächst darauf an, wie man sich zu den beiden Theorien, der Amts- und Mandatstheorie, stellt. Auf diese alte Streitfrage in allen ihren Phasen genau einzugehen, würde eine Abschweifung vom eigentlichen Thema bedeuten. Daher möge zur Begründung der Auffassung des Verfassers, der auf dem Standpunkt der Amtstheorie steht, folgendes gesagt sein.

Die Amtstheorie sieht in dem Gerichtsvollzieher stets nur den Beamten handeln, während die Mandatstheorie der Stellung des Gerichtsvollziehers eine doppelte Bedeutung beimißt: dem Gläubiger gegenüber wird er tätig auf Grund eines zivilrechtlichen Auftrags oder als Stellvertreter — worüber bei den Anhängern dieser Theorie wieder Streit herrscht — allen anderen Personen tritt er als Beamter gegenüber. Wenn wir uns auch bewußt sind, daß wir mit unserer Ansicht in Gegensatz zur herrschenden Meinung stehen, so möchten wir doch darauf hinweisen, daß auch das Reichsgericht, das in einer älteren Entscheidung[1]) die Mandatstheorie verficht, trotzdem in neuerer Zeit[2]), als es sich darum handelte, die Konsequenzen seiner Auffassung zu ziehen, bezüglich der Haftung für den Gerichtsvollzieher dahin entschieden hat, daß der Staat nicht nur Dritten, sondern auch dem Gläubiger gegenüber für die Hand-

---

[1]) Bd. **16,** 409.

[2]) Bd. **56,** 90 ff.

lungen des Gerichtsvollziehers haftet, soweit überhaupt eine Haftung des Staates für Beamte in Frage steht (Art. 77 EGBGB.); daß die Klage gegen ihn unter § 70, III GVG. fällt, erkennt auch das Reichsgericht an[1]). Wir sehen also, daß die neuere Judikatur sich schon bedeutend der Amtstheorie genähert hat und müssen jetzt, wenn wir von der Doppelstellung des Gerichtsvollziehers auf Grund der Mandatstheorie sprechen, zwei Meinungen unterscheiden: 1. diejenige, die noch auf dem Standpunkt des RG. Bd. 16 steht und nur ein Auftragsverhältnis annimmt[2]), und 2. diejenige, die wie RG. **56** der Ansicht ist, daß der Gerichtsvollzieher dem Gläubiger gegenübertritt sowohl als Beamter als auch als Beauftragter[3]). Auf zwei Fehler[4]), die sich häufig in der Literatur bei Behandlung dieser Frage finden, wollen wir gleich zu Anfang hinweisen: es wird nicht zwischen dem Innen- und Außenverhältnis unterschieden[5]); die meisten begnügen sich damit, zu behaupten, es bestehe zwischen Gerichtsvollzieher und Gläubiger ein Auftragsverhältnis, woraus sie ohne weiteres schließen, daß der Gerichtsvollzieher als Ver-

---

[1]) Bd. **17,** S. 332.

[2]) Struckmann-Koch zu 753, S. 720.

[3]) Seuffert zu § 166, 260 (Bd. I); Petersen, § 753, 359; Vogt 33; Gaupp-Stein, § 753, 462/63; Wilmowski-Levy, § 674, Nr. 3; S. 973; § 712, Nr. 2, S. 1033; Kahn, ArchzivPr., **70,** 431; Tränkner ebd., **68,** 415; ausführl. Literatur vgl. Rottmann, 28.

[4]) Hellwig, 106/07.

[5]) Richtig Schwenke, 38; Rottmann, 3; Eckstein, 443; anders Hahn, i. Gruchot, **31,** 331/36; Gaupp-Stein, Bem. V vor § 166, S. 414/15; § 753, S. 462/63; Eccius, Preuß. PrivR., **2,** 141 Anm. 17; Welck, Gruchot, **36,** 504 ff.

treter des Gläubigers tätig wird. Das sind aber zwei scharf zu trennende Begriffe; denn nicht jedem Auftrag entspricht eine Stellvertretung und umgekehrt bedarf die Stellvertretung keiner vertraglichen Grundlage. Die Untersuchung, ob ein Auftrag besteht, ist nur bei der Haftung von Bedeutung. Der andere Fehler ist der, daß nicht — wie sonst z. B. beim Gerichtsschreiber oder dem Gericht und dem Richter — geschieden wird zwischen der Gerichtsvollzieher b e h ö r d e und dem Gerichtsvollzieher als in Funktion tretende Person. Dieser Fehler erklärt sich daraus, daß der Behörde, obwohl sie vom Reichsgesetz vorgesehen ist, der eigene Name fehlt und der Gerichtsvollzieher nur als Einzelner tätig wird[1]). Da nun die herrschende Meinung die Stellvertretung auf den „Auftrag" stützt, so wollen wir zunächst darlegen, daß ein solcher überhaupt nicht besteht.

Die Gegenansicht wird auf den Wortlaut des Gesetzes gestützt; denn in § 753 ZPO. heißt es:

> „Die Zwangsvollstreckung erfolgt, soweit sie nicht den Gerichten zugewiesen ist, durch Gerichtsvollzieher, welche dieselbe im A u f t r a g e des Gläubigers zu bewirken haben."

Wenn es schon an und für sich ein schlechtes Argument ist, den Wortlaut des Gesetzes als Beweis anzuführen, so muß dann auch den Gegnern vorzubringen gestattet sein, daß das Gesetz auch sonst sich des Wortes „Auftrag" bedient, wo es sich doch unzweifel-

[1]) Hellwig, 106.

haft nicht um zivilrechtliche Verhältnisse handelt. Wir erwähnen nur den „beauftragten" Richter[1]). Gar nicht davon zu reden ist, daß es sich doch unmöglich um einen Auftrag des Bürgerlichen Gesetzbuches handeln könne — da dieser, wie ein Blick auf § 662 BGB. zeigt, stets unentgeltlich ist —; denn es kommt bei dem Gegensatze der beiden Theorien nur darauf an, festzustellen, ob überhaupt ein privatrechtliches Verhältnis — ob Dienst- oder Werkvertrag dürfte gleichgültig sein — bestehe[2]). Gegen ein Vertragsverhältnis spricht der Umstand, daß es keine „Annahme" seitens des Gerichtsvollziehers bedarf, ferner, daß nicht von einer Gegenleistung seitens des Gläubigers, sondern von „Gebühren" die Rede ist, für die der Privatrechtsweg nicht zuständig ist, und endlich, daß dem Gläubiger kein Klagrecht auf Ausführung des „Auftrags" zusteht, sondern nur § 766[3]). Wir sehen also, daß das Wort „Auftrag" nicht mehr bedeuten will und kann als im § 15 ZVG. das Wort „Antrag"[4]), nämlich: Gesuch an die Behörde, zumal wir ja auch im täglichen Leben uns des Wortes „Auftrag" bedienen, ohne auch nur an eine unentgeltliche Leistung, also an einen Auftrag im zivilrechtlichen Sinne, zu denken.

Muß man nun aber nicht darin, daß der Gläubiger durch den Gerichtsvollzieher „Rechte", z. B. das Pfand-

---

[1]) Vgl. Roer, 12; Schwenke, 18.

[2]) Riedinger, S. 5 ff.; Rottmann, 29.

[3]) Hellwig, S. 116; Weismann, 80/81; Eckstein nimmt ein Vertragsverhältnis, aber keine Stellvertretung an; S. 451, 459.

[4]) Weismann, S. 80/81.

recht, erwirbt, eine Stellvertretung erblicken, m. a. Worten, kann der Gläubiger das Pfandrecht überhaupt ohne Stellvertretung erwerben? Dies ist zu bejahen[1]); auch ohne Stellvertretung kann der Gläubiger durch die Handlung des Gerichtsvollziehers berechtigt werden. So weist mit Recht Eckstein[2]) darauf hin, daß die Besitzergreifung nur einen Fall des staatlichen Vollstreckungsaktes darstellt, an den sich kraft Gesetzes das Pfandrecht des Gläubigers knüpft, das auch im Besitze eines anderen seinen Bestand haben kann. Eine ähnliche Erscheinung haben wir im bürgerlichen Rechte in den Verträgen zugunsten Dritter. Genau wie das Vollstreckungsgericht übt auch der Gerichtsvollzieher nicht Rechte des Gläubigers, sondern des Staates aus; deshalb kann der Gerichtsvollzieher auch nicht als Vertreter des Gläubigers erscheinen. Auf Grund seines im Vollstreckungstitel enthaltenen Vollstreckungsrechtes hat der Gläubiger das Recht, zu verlangen, daß die vom Staat mit Zwangsbefugnissen ausgestatteten Organe des Staates zur Realisierung seines Privatrechtes nach Maßgabe des Vollstreckungstitels in Funktion treten; mit dem Verbot der Selbsthilfe ist dem Gläubiger das Recht genommen, selbst in die Rechtssphäre des Schuldners einzugreifen[3]). Im gleichen Maße wie beim Vollstreckungsgericht ist der Gerichtsvollzieher vom Willen des Gläubigers abhängig. Nimmt der Gläubiger seinen Antrag zurück oder beschränkt

[1]) Schönfeld, S. 8.
[2]) S. 460.
[3]) Hellwig, 108.

er ihn, so muß in beiden Fällen — der Zwangsvollstreckung durch Gerichtsvollzieher oder Gericht — die Zwangsvollstreckung eingestellt oder beschränkt werden[1]). Ein Gegengrund kann u. E. nicht darin gefunden werden, daß hier der Gerichtsvollzieher, dort ein Richter tätig wird[2]); also kann man auch hierauf eine Stellvertretung nicht stützen. Man hat schließlich noch § 755 ZPO. angeführt, um die Vertreterstellung des Gerichtsvollziehers zu rechtfertigen. Durch § 755 ZPO. wird der Gerichtsvollzieher, der sich im Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung befindet, ermächtigt, Zahlungen in Empfang zu nehmen; das ist ius cogens. Der Gerichtsvollzieher ist dazu kraft Gesetzes verpflichtet, auch wenn der Gläubiger davon überhaupt keine Ahnung hat oder damit nicht einverstanden ist. Weismann[3]) führt noch mit Recht an, daß, wenn der Gerichtsvollzieher Vertreter des Gläubigers wäre, mit erfolgter Zahlung die Zwangsvollstreckung beendigt sein müßte und damit später weder eine Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO.) noch eine Widerspruchsklage (§ 771 ZPO.) möglich wäre. Man kann auch hier wieder die Analogie des Vollstreckungsgerichtes heranziehen; denn auch hier (§ 107, 2 ZVG.) wird der Ersteher des Grundstücks durch Zahlung ans Gericht befreit. In allen diesen Fällen nimmt aber kein Anhänger der Mandatstheorie ernstlich[4])

---

[1]) Weismann, 81.

[2]) Ebs. Roer, S. 12.

[3]) S. 81.

[4]) Weigert, S. 74/5.

an, daß das Vollstreckungsgericht Vertreter des betreibenden Gläubigers sei.[1])

Nachdem wir nun gesehen haben, daß zwischen dem Gläubiger und Gerichtsvollzieher kein zivilrechtliches Verhältnis besteht, kraft dessen der Gerichtsvollzieher dem Gläubiger gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, daß aber auch die sonstige Annahme einer Stellvertretung des Gerichtsvollziehers nicht gerechtfertigt ist, müssen wir also aus diesem Grunde die Auffassung ablehnen, daß der Gerichtsvollzieher Besitzmittler des Gläubigers sei[2]). Wer dagegen Anhänger der Mandatstheorie ist, wird hiernach zu dem von uns abgelehnten Ergebnisse kommen müssen; denn dann würde der Gerichtsvollzieher auf Grund des Auftrags den Besitz lediglich für den Gläubiger ausüben und von ihm sein Recht zum Besitze herleiten (vgl. S. 25)[3]).

Steht mit diesem Ergebnis, daß wir auf Grund der Amtstheorie den Besitz des Gläubigers ablehnen, nicht § 804 ZPO. in Widerspruch, in dem es heißt:

---

[1]) Anhänger der Amtstheorie: Weismann, 80/81; Planck, I. Zivilproz., 136; Förster-Eccius, Preuß. PrR., § 154 N.; Riehl, 68; Voß, ArchzivPr., **66,** 183 ff.; ders. Gruchot, **23,** 240; **28,** 97.

Anhänger der Mandatstheorie: Wach, Vorträge, 333; Schönfeld, 8/9; JW., **98,** 449; Kreß, 131, Anm. 674; Richter, 86; Tenbieg, 24; Großfeld, 65; Tzaschachmann, 30; Vogt, 30 f.

Nähere Literaturangaben siehe bei Rottmann, 28; Riedinger, 3; Falkmann, 08, 248; Eckstein, ZZP., **39,** 441 ff.

[2]) A. M. Weigert, 90/1; vgl. auch Duchesne, S. 617, der den Besitz als auf öffentl. rechtl. Grundlage erlangt ansieht.

[3]) Vgl. Riedinger, S. 53/55.

„Durch die Pfändung erwirbt der Gläubiger ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstande. Das Pfandrecht gewährt dem Gläubiger im Verhältnis zu andern Gläubigern dieselben Rechte wie ein durch Vertrag erworbenes Faustpfandrecht."

Im Gesetz steht also nichts davon, daß das Pfändungspfandrecht ein Faustpfandrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches sein muß, daß also der Gerichtsvollzieher für den Gläubiger Besitz haben müßte, es soll nur ebenso behandelt werden[1]). Im Gegenteil ergibt sich u. E. aus § 804, II ZPO., daß es kein Faustpfand ist; denn wozu heißt es sonst überhaupt noch: „das Pfandrecht gewährt . . . . . dieselben Rechte wie ein durch Vertrag erworbenes Faustpfand."

Gar nichts besagt es, wenn in den Motiven geschrieben ist, daß es sich um ein Faustpfandrecht handeln soll; denn was sich in den Motiven findet, ist deshalb noch lange nicht Wille des „Gesetzgebers", da ja ein solcher überhaupt nicht existiert.

Das Pfändungspfandrecht ist zu trennen einmal von dem Faustpfandrecht, dann aber auch von dem gesetzlichen Pfandrecht; auf sie bezieht sich nicht die Vorschrift des § 1257 BGB.[1]) Dies zeigt sich deutlich aus der Konkursordnung (§§ 48/49), die genau unterscheidet:

„Ein durch Rechtsgeschäft bestelltes Pfandrecht",

[1]) OLG. Rspr., **10,** 114; Duchesne i. Sächs. Arch., **13,** 617; OLG. Rspr., **7,** 03, 304; Rottmann, 44, Anm. 1 (Gerichtsvollz. Besitzdiener des Gläubigers, Gläubigerfaustpfand).

[2]) OLG. Rspr., **2,** 58/9; a. M. Neukamp, 803, S. 775.

ein „gesetzliches“ und ein „durch Pfändung erlangtes Pfandrecht.“

Während das gesetzliche Pfandrecht ipso iure mit dem Eintritt eines bestimmten Rechtsverhältnisses entsteht, setzt das Pfändungspfandrecht erst eine gewisse Tätigkeit des Gerichtsvollziehers und Gläubigers voraus[1]). Duchesne[2]) konstruiert das Pfandrecht als ein Recht des Staates; öffentlich-rechtlich sei der Anspruch des Gläubigers, daß der Gerichtsvollzieher die Pfändung vornehme; öffentlich-rechtlich seien die Mittel, die zu seiner Befriedigung angewendet würden. An dem Pfande selbst habe der Gläubiger kein Recht, sein Recht beschränke sich nur auf den Erlös. In dem Interesse des Gläubigers sieht er das einzige privatrechtliche Moment des ganzen Vorgangs. Diese Auffassung steht mit dem geltenden Rechte in Widerspruch[3]); gewährt die Zivilprozeßordnung dem Pfändungspfande doch auch privatrechtliche Anerkennung dadurch, daß sie es in gewisser Beziehung einem Faustpfande gleichstellt.

Wir erklären also das Pfändungspfandrecht als ein Pfandrecht, das unter anderem insofern von dem des Bürgerlichen Gesetzbuches abweicht, daß es eben auch ohne Pfandbesitz des Gläubigers entstehen und bestehen kann. Richtig führt Schmidt[4]) an, daß aus dem Pfand-

---

[1]) Vogt, 14.

[2]) S. 617.

[3]) Gaupp-Stein zu § 804, S. 551.

[4]) Lb. 941.

recht an sich nicht auf einen Stellvertreterbesitz des Gerichtsvollziehers geschlossen werden dürfe[1]). Wenn er dann aber umgekehrt behauptet, man dürfe einen Pfandbesitz des Gläubigers nicht deshalb leugnen, weil man einen Stellvertreterbesitz verneint, so ist dies u. E. unrichtig. Er sucht dies damit zu beweisen, daß er dem Gläubiger die Besitzschutzmittel gibt, weil er eben ein Pfandrecht habe, damit unterstellt er aber wieder, daß jeder Pfändungspfandgläubiger ebenso wie jeder Pfandgläubiger des Bürgerlichen Gesetzbuches eo ipso an den Sachen Besitz hat.

In ähnlicher Weise vertritt Kahn[2]), ein Anhänger der Mandatstheorie, die Ansicht, daß der Unterschied zwischen der Amts- und Mandatstheorie für die Beurteilung der Besitzverhältnisse völlig irrelevant sei. „Auch wenn man das Auftragsverhältnis leugnet, ist man darum in keiner Weise gehindert, anzunehmen, daß der Gerichtsvollzieher den Gläubiger durch Amtshandlungen zivile Rechte, insbesondere Besitz an der gepfändeten Sache, erwerbe. Wäre man es, so fiele damit die Theorie von selbst, denn daß er dem Gläubiger das Pfandrecht erwirbt, steht ja außer allem Zweifel (§ 709).“ Auch wir nehmen vom Standpunkt der Amtstheorie an, daß der Gläubiger zivile Rechte durch die Amtshandlungen des Gerichtsvollziehers erwerbe[3]). Kahn sieht u. E. selbst, wo der Fehler seiner Behauptung

[1]) Ebs. Eckstein, 460; a. M. Riehl i. Buschs Z., **17**, 36; Falkmann, 1888, 66; vgl. Förster-Eccius, **2**, § 141, Anm. 17.

[2]) ArchzivPr., 70, 432.

[3]) Westerburg, Gruchot, **23**, 887.

liegt, wenn er fortfährt: „daß er (Gerichtsvollzieher) demselben auch den Pfandbesitz erwerbe, sagt das Gesetz allerdings ausdrücklich nicht; . . . . .“ vom Standpunkt der Amtstheorie können wir dem Gläubiger aber nur die Rechte zuweisen, die ihm die Zivilprozeßordnung ausdrücklich gibt[1]).

Hiermit — nämlich, daß wir die Faustpfandnatur des Pfändungspfandrechtes ablehnen — steht nicht in Widerspruch, daß wir annehmen, daß zur gültigen Entstehung des Pfändungspfandrechts gerade wie im Bürgerlichen Gesetzbuche Besitzergreifung notwendig ist —, daß also der Schuldner nicht im unmittelbaren Besitze der Sachen bleiben darf, — und zwar hier durch den Gerichtsvollzieher[2]), nicht notwendig ist es, daß der Gläubiger Besitz erhält. Die Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuches, daß ein Pfandrecht nur durch Übergabe — nicht durch constitutum possessorium — entstehen kann, ist wegen der Notwendigkeit der Publizität des Pfandrechtes gegeben. Diesem Erfordernis ist genügt, wenn der Gerichtsvollzieher den Besitz der Sachen erhält, wofern nur der unmittelbare Besitz dem Schuldner genommen ist. Dem widerspricht natürlich nicht, daß der Schuldner eventl. den mittelbaren Besitz erhält (vgl. § 868 BGB.).

Wenn man den Pfandbesitz vom Standpunkt der Mandatstheorie aus betrachtet, so liegt es, wie sich aus den vorhergehenden Ausführungen ergibt, ent-

---

[1]) Schenk, 22/23.

[2]) Seuffert zu § 805, S. 493.

sprechend anders. Es haben zwar auch hier einige Vertreter der Amtstheorie[1]) behauptet: der Gläubiger erlange keinen Besitz, da die Vollmacht sich nur auf die Pfändung beziehe. Dieser Einwurf ist schon deshalb nicht stichhaltig, weil, wie wir oben S. 24 gesehen haben, zur Entstehung des Pfandrechts Besitzerwerb des Gerichtsvollziehers nötig ist. Die Vollmacht des Gläubigers erstreckt sich auf alle zur Pfändung notwendigen Handlungen, mithin auch auf den Besitz. Der Gerichtsvollzieher würde also als Beauftragter seine Befugnis zur Besitzergreifung vom Gläubiger ableiten; es macht beim Auftrag für die Anwendung des § 868 BGB. keinen Unterschied, ob der Beauftragte die Sache vom Auftraggeber zur Ausführung des Auftrags erhalten hat, oder wie hier beim Gerichtsvollzieher, erst von einem Dritten erhalten soll[2]); der Auftrag würde also dann das Innenverhältnis regeln, während der Gerichtsvollzieher nach außen durch die vollstreckbare Ausfertigung zur Pfändung und Besitzergreifung bevollmächtigt wäre[3]). Nach § 164 BGB. träfen dann die Wirkungen den vertretenen Gläubiger[4]). Der Gerichtsvollzieher übt für den Pfandgläubiger den

---

[1]) Nessel, Pfändungspfandrecht, 11; Rehbein, EOTr., I, 675; Voß, a. a. O., 1898, 123.

[2]) Leonhard, 60 ff.

[3]) Vgl. Wach, Vorträge, S. 240 (1879, ebenso Aufl. II, 1896).

[4]) RG., **16,** 406; steht in dem Gesetz die Vertretungsmacht fest normiert und hält es (bei Gruchot, **30,** 1071) ohne Angaben von Gründen für zweifelhaft, ob der Gläubiger Pfandbesitz erhält (vgl. Schenk, 27).

Besitz aus[1]). Der Gläubiger hat mithin die Besitzschutzklagen mit der Maßgabe, daß er nur Herausgabe an den Gerichtsvollzieher verlangen kann[2]); dies erklärt sich daraus, daß der Gläubiger, da er sein Besitzrecht nur durch den Gerichtsvollzieher ausüben kann — eine Erscheinung, die sich auch sonst findet[3]), wir erinnern an den Anwaltszwang vor dem Landgericht, an das Jagdrecht in Preußen und anderes[4]) — jetzt nach Entziehung des Besitzes durch einen Dritten nicht die Befugnis erhalten hat, die Sachen in seinen Gewahrsam zu bringen; er kann also nur Wiederherstellung des früheren Besitzstandes fordern. Es wäre also insoweit das Faustpfandrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches durch die Bestimmungen der Zivilprozeßordnung geändert. Dies Argument, daß nämlich, falls es sich um ein wirkliches Faustpfandrecht handeln würde, der Gläubiger Leistung an sich fordern könnte[5]), kann man also u. E. ebenso wenig gegen die Natur des Pfändungspfandrechts als Faustpfand anführen, wie gegen den mittelbaren Besitz des Gläubigers[6]).

---

[1]) Vgl. Dunkhase, ArchzivPr., **77,** 145.

[2]) Vgl. Gaupp-Stein zu § 804, S. 551; Seuffert zu 804, 478; Petersen zu 808, 9, 462; RG. i. SeuffA., **62,** Nr. 247, S. 435; vgl. a. Voß, Gruchot, **23,** 245 ff.; Glasenapp, Gruchot, **24,** 258 9 u. RG., **35,** 333.

[3]) Staudinger zu 868, 60.

[4]) Gaupp-Stein, 570.

[5]) Neukamp zu 803, S. 773.

[6]) Rohde, Abschn. 21 (verneint deshalb den mittelbaren Besitz des Gläubigers, ohne die Mandats- oder Amtstheorie zu erwähnen), wie im Text: Windscheid-Kipp, S. 1183/4.

Nachdem wir also auch auf Grund des Pfändungspfandrechtes zu einem Besitz des Gläubigers nicht gekommen sind, fragt es sich, ob nicht vielleicht der Staat Besitzmittler sein könnte. Der Staat kommt hier schon gar nicht in Frage, da wir (s. S. 115 ff.) den Standpunkt vertreten, daß der Staat überhaupt nicht Besitzer ist; nimmt man letzteres aber an, so sprechen dieselben Argumente dagegen wie gegen den Gerichtsvollzieher; auch hier könnte man nur auf Grund der Mandatstheorie weiterkommen[3]).

II. im Falle des § 808, II ZPO.

§ 3.

Welchen Einfluß hat auf die Besitzverhältnisse des Gerichtsvollziehers und Gläubigers der Umstand, daß die gepfändeten Sachen im Gewahrsam des Schuldners gelassen werden? Vom Standpunkt der Amtstheorie wird überhaupt keine Änderung eintreten, weil wegen des Mangels eines Rechtsverhältnisses der Gläubiger auch im Falle des § 808 I ZPO. überhaupt keinen Besitz hat; auf Grund der Mandatstheorie werden sich, je nachdem welche Bedeutung man dem „Gewahrsam" des Schuldners beimißt, entweder keine Änderungen ergeben, oder der mittelbare Besitz des Gläubigers wird um eine Stufe weiterrücken. Um Wiederholungen zu vermeiden vergleiche man, was inbetreff der Besitzverhältnisse des Gerichtsvollziehers zum Schuldner im Falle des § 808 II ZPO. gesagt ist.

---

[3]) Roer, S. 18.

III. Folgen der aufgestellten Sätze bezüglich der Stellung des Gläubigers zum Gerichtsvollzieher.

§ 4.

Wer hat die Besitzschutzklagen und wie sind die Handlungen des Gerichtsvollziehers betreff des Besitzes zu beurteilen? Wer auf Grund der Amtstheorie dem Gläubiger überhaupt keinen Besitz zuspricht, kann ihm auch nicht die Klagen geben; wer sich aber der Mandatstheorie anschließt, nach der der Gläubiger mittelbarer, der Schuldner unmittelbarer Besitzer ist, muß u. E. bei Störung oder Entziehung des Besitzes beiden die Klagen aus dem Besitz gewähren[1]).

Welche Folgen hat es, wenn der Gerichtsvollzieher ohne Ermächtigung von seiten des Gläubigers die gepfändeten Sachen des Schuldners diesem zurückgibt? Hierin liegt ein Verzicht auf das Pfandrecht und den eventuellen Besitz, wodurch beides erlischt (§ 1253 BGB.)[2]).

Diese Wirkung tritt nicht ein, wenn der Gerichtsvollzieher diese Gegenstände bei der Rückgabe mit Pfandmarken versieht. Begeht der Gerichtsvollzieher vom Standpunkt der Mandatstheorie damit dem Gläubiger gegenüber nicht verbotene Eigenmacht? Der Gläubiger kann nicht auf Grund des § 861 BGB. Wiedereinräumung des Besitzes verlangen, weil ihm gegenüber keine verbotene Eigenmacht vorliegt. Dies erklärt sich

[1]) Ebs. Neukamp, 789.

[2]) Gaupp-Stein, 556; OLG. Dresden, Rspr., **7**, 305/6; Seuffert, 480; RG., **54**, Nr. 71, 323 ff.

aus dem eigentümlichen Verhältnisse, in dem der Gerichtsvollzieher zum Gläubiger steht, da der Gläubiger nicht den Besitz selbst ausüben kann[1]). Welche Bedeutung hat es, wenn die Siegel mit oder ohne Willen des Gerichtsvollziehers oder Gläubigers entfernt oder unkenntlich werden? Geschieht es mit Wissen und Willen eines von beiden, so haben sie das Pfandrecht und Besitz — soweit sie ihn vorher besaßen — verloren, auch wenn das Pfandrecht vorbehalten wurde, da die zwecks Wahrung der Publizität des Pfandrechtes aufgestellten Rechtssätze ius cogens darstellen, d. h., da sie nicht vertraglich abgeändert werden können[2]). Ebenso verhält es sich, wenn dem Schuldner gestattet wird, den Besitz auf einen Dritten zu übertragen[3]), oder die Sache zu veräußern, wenn der Erwerber nicht Besitzmittler dessen wird, der den Besitz verlieren würde[4]). Werden die Siegel ohne Willen eines von beiden gelöst — sei es durch den Schuldner oder auf sonstige Weise — so erlischt das Pfandrecht nicht[5]); wie beim Faustpfand der Besitz zur Entstehung, nicht zum Fortbestand des Pfandrechts nötig ist, so verhält es sich hier mit der Ersichtlichmachung der erfolgten Pfändung. Geht aber dadurch der Besitz verloren? dies hängt u. E.

[1]) Vgl. Karlsruhe, Bad. Rechtspr., 05, 89.

[2]) Gaupp-Stein, S. 556.

[3]) RG., **35,** 336; Rspr. OLG., **2,** 58.

[4]) OLG., SeuffA., 59, Nr. 45.

[5]) Liesicki u. Drewes, 57; Mothes, 28; SeuffA., **43,** Nr. 74; RGSt., **18,** 163; SeuffA., **39,** 274, S. 372; Vogt, 16; Seuffert, 480; Kroschel, ZZP., **12,** 479; Tenbieg, 65; RG., **35,** 336; a. M. JW. 1884, S. 221; Karlsruhe, ZZP., **11,** 317; vgl. dazu **12,** 479.

ganz von der Bedeutung ab, die man der Signierung beimißt. Wenn wir der Ansicht sind, (s. S. 47 ff.) daß durch die Signierung nur die durch Besitzergreifung erfolgte Pfändung ersichtlich gemacht werden solle und nicht der Besitz selbst durch die Siegel ergriffen wird, so ergibt sich u. E. von selbst, daß der Besitz durch zufällige oder wider Willen des Gläubigers oder Gerichtsvollziehers erfolgte Lösung der Siegel an sich nicht verloren geht[1]), d. h. so lange weiter nichts verändert wird. Es wird dadurch nur der gutgläubige Eigentumserwerb seitens eines Dritten erleichtert, wodurch dann das Pfandrecht untergehen würde[2]). So hat dann auch das Oberlandesgericht in Jena[3]) — abgesehen von dem von uns abgelehnten Standpunkt, daß zum Fortbestand des Pfändungspfandrechts Besitz gehöre — in einem Falle angenommen, in dem ein Gerichtsvollzieher eine bereits gepfändete Sache, an der die Pfandzeichen sich gelöst haben, in gutem Glauben abermals für einen andern Gläubiger pfändete, daß der Besitz des ersten Gläubigers in keiner Weise durch den Fortfall der Zeichen berührt wurde, zumal der zweite Gerichtsvollzieher dem Schuldner den Gewahrsam der Sachen ließ, so daß dieser den Gewahrsam für beide Gläubiger ausübte.

---

[1]) Sydow-Busch, 729 zu 808; ebs. Schönfeld, 183, ohne Begründg., Zweifelnd. RGSt., **18,** 163; nach alt. Recht: OLG. Karlsruhe, ZZP., **11,** 317; RG., **35,** 333; v. Sarwey, 187.

[2]) Vgl. Neukamp, 782; SeuffA., **39,** 274, S. 37; Sieber, 69; Mandry, 403.

[3]) Rspr., **2,** 58/9.

Kapitel 2.

B. Stellung des Schuldners zum Gerichtsvollzieher

I. im Fall des § 808, I ZPO.

§ 5.

Schuldner Alleinbesitzer?

Welche Wirkungen hat nun die Pfändung auf das Besitzverhältnis des Schuldners? Wir wollen zunächst die Besitzstellung des Schuldners im Falle des § 808 I ZPO. betrachten, in der der Besitz auf den Gerichtsvollzieher übergeht. Hat nun der Schuldner Alleinbesitz, mittelbaren oder überhaupt keinen Besitz? Wäre der Schuldner Alleinbesitzer, so müßte, da sich ja tatsächlich die Sache in den Händen des Gerichtsvollziehers befindet, der Gerichtsvollzieher sein Besitzdiener sein, oder der Gerichtsvollzieher hat eine Art Sequestrationsbesitz, durch den der Besitz des Schuldners nicht berührt würde, mithin der Schuldner seinen vorher eventl. — wir sagen eventuell, da Voraussetzung der Pfändung nur Gewahrsam ist und wir diesen nicht gleich unmittelbarem Besitz setzen — bestandenen unmittelbaren Besitz behalten hat. Ist der Gerichtsvollzieher Besitzdiener des Schuldners? Nötig hierfür wäre wieder ein Abhängigkeitsverhältnis, kraft dessen der Schuldner selbsthandelnd eingreifen könnte. All die von uns gegen ein Besitzdienerverhältnis des Gerichtsvollziehers gegenüber dem Gläubiger vorgebrachten Gründe kommen hier in noch viel weiterem Maße in Betracht, da der Gerichtsvollzieher dem

Schuldner auch nach der Mandatstheorie nur als Beamter gegenübertritt[1]). Zu dem Ergebnis, daß die vor der Pfändung bestandenen Besitzverhältnisse von der Pfändung nicht berührt werden, kann man auf Grund einiger Theorien kommen, die sich unter der Herrschaft des gemeinen Rechtes entwickelt haben. Wir werden also untersuchen müssen, welche Bedeutung dem „Besitz" des Gerichtsvollziehers beizumessen ist.

In § 808 ZPO. finden wir nur die Vorschrift, daß eine Pfändung körperlicher Sachen derart vor sich geht, daß der Gerichtsvollzieher diese in seinen „Besitz" nimmt. Da auch dieses Wort — ebenso wie „Gewahrsam" — unter der Geltung des gemeinen Rechtes in die Zivilprozeßordnung gekommen ist, besagt es an sich nur, daß der Gerichtsvollzieher die Sachen in Händen hat[2]), und es ergibt sich die Frage, ob hier unter „Besitz" der Besitz des bürgerlichen Rechtes gemeint ist, oder ob die Zivilprozeßordnung einen besonderen prozessualen Begriff aufstellt. An und für sich wäre dies nichts Absonderliches, da ja auch das Strafrecht sich einen eigenen Begriff des Besitzes konstruiert[3]). So hat nach

[1]) Dagegen auch Kreß, S. 231, Anm. 674; Weigert, S. 51.

[2]) Vgl. Riedinger, 43; Voß, ZivArch., **6,** S. 175.

[3]) Vgl. Mothes, S. 100; Schmidt, DJZ. 1900, 149. Eignet sich z. B. der Mieter, Verwahrer, der nach § 868 BGB. mittelbaren Besitz und damit die Besitzklagen hat, die ihm übergebene Sache rechtswidrig zu, so begeht er mit der Wegnahme dieser Sache aus dem Besitz des mittelbaren Besitzers nicht gegen ihn einen Diebstahl. Vgl. RGSt., **34,** 252; **37,** 198; Schröder, 374; Binding, 244; Frank zu § 242 StGB., IV, 382; Olshausen zu § 242, Nr. 15; vgl. Rotering, BürgA., **27,** 70 ff.; 99; Vogt, 29, Anm. 3; Lobe, 16; GoldtA., **65,** 322; a. M. GoldtA., **47,** 352 ff.; vgl. v. Liszt, S. 425.

Planck[1]) der Gerichtsvollzieher den Besitz für den Schuldner inne, er ist also sein Detentor im Sinne des gemeinen Rechtes[2]). Hier können wir nur fragen: was bleibt noch von dieser Detention für den Gerichtsvollzieher übrig, wenn der Schuldner nach § 808 II ZPO. die Sache in seinem Gewahrsam behält?[3]) Auch nach der Ansicht von Förster-Eccius[4]), die den Besitz des Gerichtsvollziehers „nur als einen der Sequestration ähnlichen Gewahrsam" auffaßt, wird der Besitz des Schuldners nicht berührt[5]). Zum gleichen Ergebnis kommt v. Schrutka-Rechtenstamm[6]), der davon ausgeht, daß der Gerichtsvollzieher den Besitz als staatliche Obrigkeit ergreift, mithin ist der Staat Besitzer (vgl. darüber S. 72 ff.), aber nur natürlicher, da zum juristischen Besitz der animus rem sibi habendi gehört, ein Einwand, der für das Bürgerliche Gesetzbuch hinfällig ist[7]). Wer mit Voß[8]) einen besonders gestalteten prozeßrechtlichen Besitz annehmen will, wird diesen in Anlehnung an die Zivilprozeßordnung unter Zuhilfenahme der bürgerlichen Vorschriften zu erläutern versuchen. In der Zivilprozeßordnung sind keine Vorschriften über den Besitz gegeben; was ist naheliegender,

---

[1]) 723, 24.

[2]) Olshausen, Einsprüche, 19, 51.

[3]) Schenk, 24.

[4]) **2,** 121 und § 141, Anm. 17; **3,** 22, 74, Anm. 50; a. E. Voß, ZivPrax., **66,** 197.

[5]) Voß, Gruchot, **23,** 245; Nessel, **68**d i. Gruchot; Demelius, 40.

[6]) Freigebung, S. 69.

[7]) Schenk, 45.

[8]) ArchzivPr., **66,** 185, 203; **71,** 227 ff.

als die entwickelte Besitzlehre des Bürgerlichen Gesetzbuches anzuwenden? Auf Grund des Satzes, daß Neuerungen nicht vermutet werden, wird derjenige, der einen besonderen prozeßrechtlichen Besitzbegriff annimmt, dies zu beweisen haben[1]); so lange dieser Beweis nicht erbracht ist, ist der Besitz der Zivilprozeßordnung gleichbedeutend mit dem des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Diese Streitfragen waren insoweit zu erwähnen, als sich aus ihnen vielleicht Schlüsse auf das Bürgerliche Gesetzbuch ziehen lassen; zu ihnen näher Stellung zu nehmen, wäre für unsere Aufgabe zum mindesten überflüssig, da nach § 854 BGB. derjenige Besitz erwirbt, der die tatsächliche Gewalt ausübt. Daß der Gerichtsvollzieher diese Gewalt erlangt hat, und sie nicht nach § 855 BGB. für einen anderen ausübt, ist gezeigt[2]) worden. Von neueren Schriftstellern vertritt Weismann (S. 128) die Ansicht, daß der Gerichtsvollzieher, da das Pfändungspfandrecht unter besonderem strafrechtlichen Schutz steht (§ 137 StGB.), nicht in privatrechtlichem Sinne, sondern kraft seines Amtes besitzt, also in öffentlich-rechtlichem Sinne. Es ist nicht zu ersehen, ob dadurch dem Schuldner der zivilrechtliche Schutz belassen werden soll. Wenn Weismann auf den Gläubiger, um ihm die Besitzklagen zu sichern, die Besitzvorschriften analog anwenden will, so wäre es nicht recht verständlich, warum nicht

[1]) Vgl. Voß, **71.**

[2]) Vgl. auch Roer, S. 31; Mothes, 89, 93.

auch im Interesse des Schuldners eine solche Analogie am Platze wäre. Auch bei wirklich öffentlichen Rechten kann man von Besitz ebenso wie von Vertragsrechten reden[1]); denn öffentliches und Privatrecht sind nur zum Teil modifizierte Seiten des Rechts. U. E. hat diese ganze Frage praktisch wenig Bedeutung, wenn man, wie auch Weismann, zu analoger Anwendung der privatrechtlichen Besitzvorschriften kommt.

§ 6.

Schuldner mittelbarer Besitzer?

Was spricht dafür, daß der Schuldner mittelbarer Besitzer ist? Besitzmittler sind dann entweder der Gerichtsvollzieher oder Staat oder Gläubiger; da dem Staat nach unserer Auffassung überhaupt kein Besitz zukommt, kommen nur Gerichtsvollzieher oder Gläubiger in Betracht. Steht nun der Gerichtsvollzieher zum Schuldner in einem derartigen Rechtsverhältnisse, kraft dessen er seinen Besitz vom Schuldner herleitet? Alle für § 868 BGB. erforderlichen Voraussetzungen sind gegeben. So lange die Pfändung dauert, ist der Gerichtsvollzieher zum Besitze der Sachen verpflichtet; nach Aufhebung der Pfändung hat der Schuldner einen Herausgabeanspruch gegen den Gerichtsvollzieher. Der

---

[1]) Rotteck-Welcker, S. 615, i. Gegensatz zu Zachariae in Bluntschli-Brater, 94 ff. (**2,** 1857), u. Bl.-B., 1869, I, 316; O. Mayer, **2,** 84; 103, Anm. 22.

Gerichtsvollzieher leitet seinen Besitz vom Schuldner her, und zwar besitzt er nicht auf Grund eines privatrechtlichen Vertragsverhältnisses, sondern auf Grund seiner öffentlichen Zwangsbefugnisse. Daß ein Vertragsverhältnis für die Annahme des mittelbaren Besitzes nicht Bedingung ist, haben wir oben S. 13 dargelegt. Der Schuldner wird durch den Gerichtsvollzieher, solange die Pfändung dauert, an seiner Besitzausübung gehindert; hätte der Gerichtsvollzieher den Besitz nicht ergriffen, so hätte ihn der Schuldner und umgekehrt: hätte der Schuldner die gepfändete Sache nicht vor der Pfändung besessen, so hätte auch der Gerichtsvollzieher kein Recht zum Besitze. Wir kommen somit zu dem Resultate, daß der Gerichtsvollzieher unmittelbarer, der Schuldner mittelbarer Besitzer ist[1]); wir wollen uns damit aber nicht zufrieden geben, sondern auch noch die übrigen Möglichkeiten und aufgestellten Meinungen auf ihren Wert untersuchen.

Einige Schriftsteller[2]) nehmen auch einen unmittelbaren Besitz des Gerichtsvollziehers an, kommen aber auf Grund der Mandatstheorie — da bei dieser der Gläubiger mittelbarer Besitzer des Gerichtsvollziehers

---

[1]) Ebs. Goldmann-Lilienthal, 6; Falkmann, 88, S. 67; Bunsen, Zwangsvollstr., 152; Nessel, Pfänd. Pfd., 15; Riedinger, 62/3; v. Glasenapp, Gruchot, **24,** 250; Fischer-Henle, § 868, 554; Bendix, 521, 524; Neumann, § 868. 661; Riehl, Pfänd. Pfd., 72/74; Olshausen, 19; Reincke, 627; Roer, 32; a. M. Staudinger zu 868, 60, Anm. 3; Gaupp-Stein zu 808, IV; Jahrb. württbg. Rechtspfl., **18,** 165 ff.; Bartels i. Gruchot, **42,** 67; Planck zu § 868; Heinrici i. Gruchot, **49,** 415.

[2]) Zu § 868, S. 61; Mothes, 103; Wolff, SaR., 19; Schenk, 55.

wird — zu einem zweiten mittelbaren Besitz des Schuldners, der ihm durch den mittelbaren Besitz des Gläubigers vermittelt wird. Das ist eine unbestreitbare Folge dieser Theorie; der Gläubiger hat an der gepfändeten Sache ein Faustpfandrecht, kraft dessen er dem Schuldner gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt ist. Eine nähere Untersuchung erübrigt sich, da der Pfandgläubiger in § 868 BGB. ausdrücklich genannt ist.

§ 7.

Schuldner keinen Besitz?

Der Schuldner wird nur dann keinen Besitz[1]) haben, wenn man Anhänger der Amtstheorie ist und außerdem nur dem Gerichtsvollzieher unmittelbaren Besitz zusprechen wollte. Dies kann zu großer Ungerechtigkeit führen, da somit dem Schuldner jeder Besitzschutz entzogen wäre[2]). Auch dürfen dem Schuldner als dem wirtschaftlich Schwächeren nicht mehr Rechte genommen werden, als für die Durchführung der Aufgaben des Staates und der Sicherheit des Gläubigers unumstößlich nötig ist; wozu sollte z. B. eine Unterbrechung der Ersitzung eintreten[3])?

[1]) Trotz Mand. Theor., Sächs. A., **7,** 206; RG. Räte, Komm., § 868, 733.

[2]) Roer, 31.

[3]) Voß, ZivArch., **66,** 199; Riedinger, 64.

II. im Fall des § 808, II ZPO.

§ 8.

Gerichtsvollzieher unmittelbarer Besitzer?

Nach § 808, II ZPO. sind: „andere Sachen als Geld ... im Gewahrsam des Schuldners zu belassen, sofern nicht hierdurch die Befriedigung des Gläubigers gefährdet wird". Sind hier die Besitzverhältnisse anders zu beurteilen? Hat der Gerichtsvollzieher wieder unmittelbaren, der Schuldner mittelbaren Besitz? Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, was man unter „Gewahrsam" versteht und welche Bedeutung man der Signierung beimißt.

Wie wir schon wiederholt erwähnt haben, glauben wir den „Gewahrsam" nur geschichtlich erklären zu können, da ja auch dieser Begriff unter der Herrschaft des gemeinen Rechtes in die Zivilprozeßordnung gekommen ist. Im gemeinen Recht bildete sich ein Unterschied zwischen der mit Interdiktenschutz ausgestatteten „possessio" und der „detentio" als Erscheinung der tatsächlichen Gewalt aus. Aus der „possessio" hat sich das spezielle Rechtsinstitut des Besitzes gebildet, während sich unter dem Namen „Gewahrsam" die „detentio" des gemeinen Rechtes fortentwickelt hat[1]), — wir sagen „fortentwickelt" und behaupten damit nicht, daß sich der Begriff mit der Detention vollständig deckt. Leonhard (S. 80) ist der Ansicht, die Unterscheidung zwischen Besitz und Gewahrsam sei nach Bürgerlichem Gesetzbuch überflüssig, da nach § 854

[1]) Schröder i. ArchzivPr., **97,** 373 ff.

BGB. „der Besitz einer Sache . . . . durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben“ wird; mithin sei jeder Besitzer, der die tatsächliche Gewalt hat. Das ist aber nicht der Fall[1]). Denn aus dem Gesetz ist nicht mit Notwendigkeit zu folgern, daß Besitz gleich tatsächlicher Gewalt ist. Man darf nicht das Mittel zur Besitzerlangung (die tatsächliche Gewalt) und den Erfolg (den Besitz) gleichsetzen. § 854 BGB. spricht nur davon, daß der Besitz „durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt . . . . e r w o r b e n“ wird[2]). Das Bürgerliche Gesetzbuch verlangt zum Besitzerwerb einen wenn auch juristisch nicht qualifizierten Willen (vgl. oben S. 5). Es ist nicht derjenige Besitzer, der ohne Wissen oder Wollen die tatsächliche Gewalt einer Sache erlangt hat, sondern derjenige, der „gewollte tatsächliche Herrschaft“ ausübt[3]). Dies zeigt sich schon aus dem Worte „Erlangung“ in § 854 BGB. und „aufgeben“ in § 856 BGB. „Der Sinn des Wortes ‚erlangen‘ setzt einen auf einen bestimmten Erfolg gerichteten Willen voraus. Man erlangt wonach man langt[4]).“ In gleicher Weise kann man einen Besitz nur aufgeben, wenn man sich seiner vorher bewußt war oder doch ihn mit seinem Willen innehatte. Ein ferneres Argument für das Erfordernis des Willens zum Besitzerwerb ergibt sich aus den §§ 867 und 1005 BGB. Wenn hier bereits durch die tatsächliche Gewalt

[1]) Gleicher Meinung Kniep, S. 46.

[2]) Vgl. Weigert, S. 14.

[3]) Rohde, II, 09, 89.

[4]) Rohde, S. 69.

der Besitz erlangt wäre, was sollten dann die Worte besagen „sofern nicht die Sache inzwischen in Besitz genommen ist?“ Eine Ausnahme findet sich nur in § 857 BGB.[1]) Dies noch weiter auszuführen würde den Rahmen unserer Aufgabe überschreiten; es genügt uns, festzustellen, daß zum Besitzerwerb ein gewisser Wille nötig ist. Ist aber jede gewollte tatsächliche Herrschaft Sachherrschaft, Besitz? Wo liegt die Abgrenzung? Besitz ist Sachherrschaft und unter Sachherrschaft versteht man die Beziehung einer Person zu einer Sache, die der Verkehrsauffassung nach Betrachtung des anscheinend zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses als Beherrschung erscheint[2]). So erklärt es sich, daß dem Besitzdiener, der doch in engstem räumlichen Verhältnis zur Sache steht, der Besitz abgesprochen und dem mittelbaren Besitzer, bei dem überhaupt keine räumliche Beziehung zur Sache vorhanden sein wird, Besitz zuerkannt wird. Was aber nach dem gemeinen Bewußtsein als Besitz erscheint, kann man nur ersehen, wenn es möglich ist, das anscheinend zugrunde liegende Rechtsverhältnis zu erkennen. Meistens wird das aber nicht der Fall sein; wir werden oft nur finden, daß eine Person in räumlicher Beziehung zu einer Sache steht, weiter nichts. „Die Publizität des Besitzes ist

[1]) Rohde, S. 85 ff., 89.

[2]) Vgl. Wolff, SaR., 10; ders. i. Iherings J., **44,** 156; Cosack, **2,** 61; Staudinger zu 854, Bem. 5, 22; Endemann, **2,** Abt. 1, 151; Kretzschmar zu 854, 15; Biermann zu 854, 5; Planck zu 854, 30; Goldschmidt, Verm. Schrift., **1,** 75 (dazu Oertmann i. ArchBürgR., **20,** 220 ff. u. Kipp, ZfHR., **52,** 297 ff.); Goldschmidt i. Festg. f. Gneist, S. 65.

selten eine Publizität auf den ersten Blick. Nur daß überhaupt eine Sachherrschaft besteht, ist meist sogleich ersichtlich, aber nicht wem sie zusteht[1])." Wir können dem Gerichtsvollzieher eine derart schwierige Trennung, die mit Zeitverlust verbunden wäre, und oft juristische Kenntnisse voraussetzt, nicht zumuten. Deshalb ist es durchaus notwendig, auch unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches zwischen Besitz und Gewahrsam zu unterscheiden. Wir verstehen unter „Gewahrsam" die räumliche Beziehung einer Person zu einer Sache, die nach außen im ersten Augenblick als ausschließliche Gewaltausübung erscheint[2]), wogegen sich die Lebensanschauung kaum auf Grund einer Augenblicksbetrachtung ihr Urteil wird bilden können[3]), und lehnen[4]) damit die Identifizierung mit

---

[1]) Wolff, 11.

[2]) Ähnlich Wolff, 14, V, der unter diesem Begriff neuerdings — vgl. dazu seine Bemerkung i. Iherings J., **44,** 149, Anm. 13: „. . . die Pfändung nach § 808 ist nur zulässig, wenn die zu pfändende Sache sich in ausschließlichem Gewahrsam des Schuldners befindet, d. h. wenn dieser unmittelbarer Eigenbesitzer ist" — ein „nahezu reines Raumverhältnis" verstehen will.

[3]) Wolff, S. 11.

[4]) Für diese Ablehnung: Bad. Rechtspr., 1900, 208: „Die nach außen hervortretende tatsächliche Herrschaft und ausschließliche Innehabung". Endemann, 191: Die Fahrnis, „für die nach dem kundbaren Tatbestande die Zugehörigkeit zum Vermögen des Schuldners unterstellt werden darf". Neukamp, 780; DJZ., 1904, 636 (Schönfeld); Engelmann, 423; Schenk, 19; Sydow-Busch, 728 zu § 808; W. A. Müller, 152; Rotering, Hirths Ann. 1905, 298 ff.; BürgArch., **27,** 70 ff.; Sarwey-Bossert zu § 44, KO. 210; vgl. auch Struckmann-Koch, 776; Nessel, Gruchot, **28,** 105; O. Bähr, 286.

dem Besitze des Bürgerlichen Gesetzbuches[1]) oder auch nur mit dem unmittelbaren[2]) Besitze ab. Von diesen Begriffen „Besitz“ und „Gewahrsam“ müssen wir noch einen dritten trennen, um einem Mißverständnis vorzubeugen. Es ist dies das „augenblickliche Detentionsverhältnis“[3]), die rein räumliche Beziehung einer Person zu einer Sache, die nach außen nicht — im Gegensatz zum Gewahrsam — als ausschließliche Ausübung der tatsächlichen Gewalt erscheint. In einem derartigen Verhältnisse wird sich in der Regel der Besitzdiener befinden, der ja gewöhnlich nach außen nicht als selbstständiger Gewahrsamsinhaber erscheinen wird, ebenso der Besitzgast, d. i. derjenige, der als Gast zu gewissen Gegenständen, z. B. am Eßbesteck, Teller . . . sich in einem Raumverhältnis befindet, das sich eben darin von dem des Besitzdieners unterscheidet, daß ersterer für sich und nicht für einen anderen die tatsächliche Gewalt ausübt[4]). Es kann mithin Besitz ohne Gewahrsam und Gewahrsam — in gleicher Weise wie ein augenblickliches Detentionsverhältnis — ohne Besitz vorkommen[5]).

---

[1]) So Turnau-Förster, 61; Leonhard, 80; Scherer, 13, Nr. 21; vgl. auch Schmidt, 937; Bender, 33.

[2]) So Puchelts Z., **35,** 713; Frey, Sächs. Arch., 459; Weismann, 127; DJZ. 1904, 453 (Koch); Goldmann-Lilienthal, **3,** Anm. 2; Petersen, 467; Gaupp-Stein, 567; Recht, 1904, 555 (OLG. Kolmar); Vogt, 29; Seuffert, 491; Fischer-Henle zu 854, 543, Anm. 2; vgl. Schmidt, 937; Reincke zu 808; Voß, ZGervollz., **12,** 123; Olshausen, Einsprüche, 32 ff.

[3]) Ihering, Besitzwille, 507, 512 ff.

[4]) Strohal, Sachbes., 11, der den Besitzgast gleich Besitzdiener setzt.

[5]) Im Ergebnis gleich Wolff, 14; Weigert, 12.

Würde man nun den „Gewahrsam" dem Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches gleichstellen, so würde man unter „Gewahrsam" auch den mittelbaren Besitz verstehen müssen, und es wäre — ganz abgesehen von der schwierigen Abgrenzung für den Gerichtsvollzieher — nicht einzusehen, weshalb innerhalb desselben Absatzes von „Besitz" und „Gewahrsam" die Rede ist; welche Fälle sollten dann unter § 809 ZPO. fallen? Welche Bedeutung sollte der Gegenüberstellung der Begriffe im § 246 StGB. zukommen?

Nähere Untersuchung verdient nur die Ansicht, daß „Gewahrsam" mit dem unmittelbaren Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches identisch ist und daß der Begriff „Gewahrsam" deshalb beibehalten ist, weil das Bürgerliche Gesetzbuch den Ausdruck „unmittelbaren Besitz" nicht kennt. Diese von der herrschenden Meinung vertretene Ansicht betont es, daß der Besitzdiener nie im Gewahrsam sich befinden könnte[1]). Damit würde aber u. E. eine wesentliche Erschwerung und Verzögerung der Aufgaben des Gerichtsvollziehers herbeigeführt werden. Sollte der Gerichtsvollzieher jedesmal nachprüfen müssen, ob nicht etwa ein anderer Besitz an den zu pfändenden Gegenständen hätte, obwohl dieser oft die tatsächliche Verfügungsmacht hat wie ein Besitzer? Denn es wird nicht immer möglich sein, zu unterscheiden, ob der Inhaber der Sache die Herrschaft z. B. als Besitzdiener für einen anderen ausübt, zumal § 855 BGB. nicht voraussetzt, daß der Besitzdiener

[1]) Vogt, 22, 30.

etwa gerade im Erwerbsgeschäft oder im Haushalt tätig sein muß[1]).

Eine andere Frage ist, ob der nach § 808 ZPO. gültig vorgenommene Pfändungsakt aufrecht zu erhalten ist; eventl. müßte § 766 ZPO. platzgreifen. Die Vorschrift des § 808 I soll ja nur eine Vereinfachung der Pfändung bedeuten und den Gerichtsvollzieher der Untersuchung überheben, ob der Schuldner Eigentümer einer Sache ist[2]). Wenn wir ihm nun auf der anderen Seite wieder die Last der Prüfung aufbürden, ob der Schuldner sich im unmittelbaren Besitz der Sachen befinde, so würden wir einen Teil der vom Gesetz bezweckten Wirkung wieder aufheben. Damit ist aber nicht gesagt, daß der Gerichtsvollzieher, falls er — was selten vorkommen wird — auf den ersten Blick sieht, daß der Schuldner die tatsächliche Gewalt nicht ausschließlich für sich innehat oder ein anderer Eigentümer ist, die Pfändung vornehmen darf; er würde sich sonst haftbar machen für den durch die Pfändung entstehenden Schaden[3]). Auch hier würde § 766 oder § 771 ZPO. durchgreifen[4]).

Es ist der Einwand erhoben worden, daß der Besitzdiener, falls man ihm Gewahrsam zuschreiben

---

[1]) Wolff, 13; Schenk, 45; RGRäte, Komm. zu 855, S. 721.
[2]) W. A. Müller, 89.
[3]) W. A. Müller, 91 u. 107/8; Großfeld, 66.
[4]) Nessel i. Gruchot, **28,** 106, vertritt die Ansicht, daß der Gerichtsvollzieher Sachen Dritter aus dem Gewahrsam des Schuldners nur dann nicht pfänden darf, wenn andere pfändbare Gegenstände sich beim Schuldner befinden; eine Beschränkung, der u. E. nicht beizutreten ist.

wolle, dann auch der Pfändung beim Besitzherrn nach § 809 ZPO. widersprechen könnte. Das ist nach unserer Auffassung völlig unmöglich. Wir behaupten nicht, daß der Besitzdiener stets Gewahrsam habe, sondern nur, daß er ihn haben kann, nämlich dann, wenn seine räumliche Beziehung zu der Sache eine derartige ist, daß sie nach außen als ausschließliche Gewaltausübung erscheint. Will nun der Gerichtsvollzieher auf Grund der Pfändung beim Schuldner, dem Besitzherrn, eine Sache des Schuldners, die der Besitzdiener für ihn innehat, pfänden, so zeigt er eben damit, daß er erkennt, daß der Besitzdiener die Gewalt über die Sache nur für den Schuldner ausübt; der Besitzdiener hätte in diesem Falle eben keinen Gewahrsam. Ferner setzen u. E. die Worte des § 809 ZPO. „eines zur Herausgabe bereiten Dritten" voraus, daß der Dritte dem Schuldner gegenüber berechtigt ist, die zu pfändende Sache noch zu behalten[1]); er soll durch die Pfändung keinen Schaden erleiden. Wie verhält es sich nun mit dem Besitzdiener? Er hat überhaupt kein Recht, die Sache eine bestimmte Zeit zu behalten, er muß sie stets auf Verlangen herausgeben. Der Schuldner wird sich allerdings hüten, die Herausgabe zu verlangen — um sie der Pfändung zu entziehen —; an seine Stelle tritt eben der Gerichtsvollzieher, wenn er erkannt hat, daß der Dritte Besitzdiener des Schuldners ist. Wir sehen also, daß der Besitzdiener immer „zur Herausgabe bereit" sein muß und § 809 ZPO. auf ihn nicht anwendbar ist.

[1]) Vgl. OLG. Dresden, Sächs. Arch., **1**, 63.

Wenn nun in § 808, II ZPO. steht, daß andere Sachen als Geld . . . . im Gewahrsam des Schuldners zu belassen sind, so ist damit nach unserer Auffassung von der Bedeutung des Wortes „Gewahrsam" im Gesetz noch gar nichts darüber gesagt, wer sich im Besitze der Sachen befindet. Würde Gewahrsam gleich unmittelbarem Besitz sein, so wäre u. E. ein Streit über die Besitzverhältnisse fast nicht mehr möglich. Man möchte doch nicht etwa dem Worte „Gewahrsam" in Abs. I eine andere Bedeutung beimessen, wie in Abs. II[1]).

Eine weitere Vorfrage für die Entscheidung der Besitzverhältnisse in § 808, II ZPO. war: welche Bedeutung kommt der Signierung zu?

Welchen Zweck die Zeichnung in der Regel nach der Verkehrsanschauung verfolgen mag: Individualisierung oder Besitzergreifung, kann uns gleichgültig sein. Daß in unserem Falle der Signierung nur die Bedeutung eines Erkennungszeichens zukommt, sagt u. E. das Gesetz selbst. In § 808, I ZPO. ist der Grundsatz aufgestellt, daß die Pfändung durch Besitzergreifung seitens des Gerichtsvollziehers bewirkt wird. In Abs. II heißt es dann: „. . . werden die Sachen im Gewahrsam des Schuldners belassen, so ist die Wirksamkeit der — sc. durch Besitzergreifung nach Abs. I erfolgten —

[1]) Nessel i. Gruchot, **28,** 103, versteht unter „Gewahrsam" in § 808, II, ZPO. eine bloße Beaufsichtigung, die nicht gleich Detention wie in Abs. I ist. Er kommt zu diesem Resultat dadurch, daß er entsprechend den Motiven verlangt, daß die Signierung die erfolgte Besitzergreifung fortgesetzt erkennbar machen muß — was wir ablehnen (s. S. 30). Vgl. gegen ihn auch Schenk, 32; Falkmann, 1888, 183, Anm. 2; Rehbein, 675.

Pfändung dadurch bedingt, daß durch Anlegung von Siegeln oder auf sonstige Weise die — nach Abs. I erfolgte — Pfändung ersichtlich gemacht ist[1])." Der Gerichtsvollzieher wird also regelmäßig leicht transportable Sachen durch körperliche Besitzergreifung an sich bringen und sich dann entscheiden, ob er sie mit sich nehmen oder nach erfolgter Siegelung beim Schuldner belassen muß. Wie gestaltet sich aber die Besitzergreifung bei schwer transportablen Gegenständen? Es wäre ziemlich gekünstelt, wenn wir hier eine körperliche Berührung verlangen würden. Das ist aber nicht einmal nötig. Es genügt, daß der Gerichtsvollzieher durch bloßes Hindeuten erklärt, die betr. Sachen in seinen Besitz nehmen zu wollen; nötig ist dabei nur, daß er in diesem Augenblick die wirkliche Verfügungsgewalt über die Sache erhält. Es würde nicht ausreichend sein, wenn er erklären würde, ein Piano, das sich in einem verschlossenen Zimmer befindet, in Besitz nehmen zu wollen, ohne die Schlüssel dieses Zimmers zu erhalten[2]). Wir lehnen also die Ansicht derer ab, die behaupten, daß durch die Signierung der Besitz selbst ergriffen wird[3]). Eine derartige, rein symbolische Besitzergreifung

[1]) Vgl. Vogt, 39; Gaupp-Stein, 569 zu § 808; daß die Signierung diese Bedeutung haben kann, gibt auch Riedinger 84 zu.

[2]) Ebd. RGRsprSt., **7,** 572 ff.; **8,** 479/80, Nr. 191.

[3]) Kohler i. GrünhutsZ., **12,** 1 ff.; Bekker, Iherings J., **34,** 69, Anm. 18; Wolf, 211; Bunsen, 153; Staudinger, 19; Engelmann, 424; Wolff, 11.

Gegen die Besitzergreifung durch Signierung: SeuffArch., **30,** Nr. 119, 179; Riedinger, 68 ff.; Goldschmidt, 25 f., der die Signierung als Beweismittel ansieht, Förster-Eccius, III, § 160.

ist unserm Rechte fremd. Durch eine feierliche Schlüsselübergabe wird uns nur dann Besitz übertragen, wenn wir durch die Schlüssel tatsächlich imstande sind, unsere Sachherrschaft auszuüben. Ist dies nicht der Fall, so sind wir auch nicht etwa durch die feierliche Form Besitzer geworden[1]). Es soll hier in Abs. II keine besondere Pfändungsart eingeführt werden — das widerspräche der durchaus notwendigen einheitlichen Regelung der Pfändung — sondern Abs. II besagt nur, daß in gewissen Fällen aus sozialen Gründen bestimmte Sachen im Gewahrsam des Schuldners belassen, also seiner weiteren Benutzung nicht entzogen werden sollen. Dies ergibt sich auch daraus, daß im Gesetz nicht von Besitz, sondern von Gewahrsam die Rede ist, sonst würde es allerdings ein unnötiger Umweg sein, wenn man dem Schuldner erst den Besitz nehmen und ihm dann denselben zurückübertragen wollte[2]). Man vergleiche für die Richtigkeit unserer Ansicht auch die bei Kniep S. 145 angeführten Beispiele; es würde der Siegelung bald die eine, bald die andere Beurteilung zukommen: Werden in einem Zimmer Gegenstände verschlossen, und wird das Schloß versiegelt, so bekommt der Gerichtsvollzieher auch nach der Ansicht der Gegner unmittelbaren Besitz; läßt aber der Gerichts-

---

Anm. 38, a. E.; Falkmann, 1888, 184; Richter, 182; Dernburg, Pand., **1,** § 271, Nr. 3; OLG. Dresden, Sächs. Arch., **7,** 205; Seuffert, 494; Homeyer, 330 ff.; OLGRspr., **10,** 114; vgl. Biermann, traditio ficta, 293 ff.; (Traditionswirkung im Zweifel abgesprochen); Weigert, 23; v. Sarwey, 187.

[1]) Vgl. Weigert, 25.

[2]) Vgl. hierzu Weigert, 24/25.

vollzieher ein verschnürtes und gesiegeltes Bild an der Wand hängen, so soll nur der Schuldner unmittelbaren Besitz haben. Man wird doch nicht von einem derartigen oft zufälligen Verfahren die Bedeutung der Signierung abhängig machen wollen[1]).

Der Gewahrsam des Schuldners ist, falls die Pfändung durch Siegelung vollzogen würde, stets der gleiche geblieben. Der Gerichtsvollzieher erhielt von vornherein einen Besitz „ohne ‚Gewahrsam' mit besonders stark ausgeprägter Natur", da der „Gewahrsam" nicht durch Pfändungserklärung oder Siegelung, sondern nur durch wirkliche Entfernung der Sache aufgehoben wird[2]) und der Gewahrsam des Schuldners nicht dadurch beeinträchtigt wird, daß auch der Gerichtsvollzieher zu demselben Zutritt hat[3]). Der Gerichtsvollzieher hätte also einen unmittelbaren Besitz an der Sache erworben, ohne zu ihr in eine derartige räumliche Beziehung zu kommen, die nach außen sogleich als ausschließliche Gewaltausübung erscheint. Damit ist aber nicht gesagt, daß der Gerichtsvollzieher keine Sachherrschaft hat. Nach unseren Ausführungen hat der Gerichtsvollzieher bereits vor der Siegelung Besitz von der Sache ergriffen. Die Sachherrschaft war bereits von den Beteiligten nach dem Gemeinbewußtsein anerkannt. Durch die Siegelung wird diese begründete Herrschaft nach außen kundgemacht und von jedem nach Kenntnisnahme der Sachlage als solche anerkannt. Wir geben zu, daß es

[1]) Vgl. Weigert, 30.
[2]) Schenk, S. 21; RGSt., **5**, 37.
[3]) Vgl. Wolf, HB., 211; RGSt., **2**, 65.

im ersten Augenblick unwahrscheinlich erscheinen mag, daß der Gerichtsvollzieher unmittelbaren Besitz ohne Gewahrsam erwerben soll[1]); aber es ist durchaus nichts Ungewöhnliches, daß jemand Besitz ohne Gewahrsam hat und zwar auch ohne mit dem Gewahrsamsinhaber in einem Verhältnis des § 855 BGB. zu stehen. Dieser will nur „Zweifeln über die Begrenzung der Sachherrschaft vorbeugen."[2]) Außer Besitz und Besitzdienerschaft gibt es zwischen Person und Sache noch andere körperliche tatsächliche Beziehungen, die noch lockerer als die Besitzdienerschaft sind (s. S. 42). Wir finden eine ähnliche Erscheinung z. B. auch dann, wenn A dem B einen Gegenstand in die Tasche gesteckt hat, ohne daß B davon Kenntnis erhält. Es erlangt hier B nicht Besitz[3]), da wir, wie schon öfter erwähnt, zum Besitzerwerb einen juristisch nicht qualifizierten Willen für notwendig halten. Es hätte also auch hier A Besitz, B Gewahrsam, ohne etwa Besitzdiener zu sein. A hätte nicht seine Sachherrschaft verloren, er könnte sich den Gegenstand jederzeit wieder zurückholen — d. h. natürlich solange B davon nichts gemerkt hat; da er ja sonst eventl. Besitzer wird. Gibt man uns aber zu, daß unmittelbarer Besitz ohne Gewahrsam **be**stehen kann, so ist es auch kein so unerhörter Schritt, einen solchen Besitz auch neu **ent**stehen zu lassen.

Gibt der Gerichtsvollzieher aber nicht zu erkennen, daß er seinen Besitz aufgibt, wenn er die gepfändeten

---

[1]) Bunsen, 152.
[2]) Wolff, 12.
[3]) A. M. Strohal, Sachbes., 73; Kohler, Enzyklop., **1**, 600.

Sachen im Gewahrsam des Schuldners beläßt?[1]) Das ist nicht der Fall, da der Gerichtsvollzieher die Sachherrschaft, die durch die Pfandzeichen in Erscheinung tritt, behalten hat. Wenn man uns ferner entgegenhalten wollte, der Gerichtsvollzieher habe insofern nicht den unmittelbaren Besitz, als er die gepfändete Sache nicht beliebig in seinen eigenen Gewahrsam bringen könne, so wäre dies ein Argument dafür, daß der Schuldner nicht Besitzdiener des Gerichtsvollziehers sein kann. Der Gerichtsvollzieher kann im Falle des § 808, II ZPO. in gleicher Weise seine Sachherrschaft ausüben wie im Falle des § 808, I. Denn in beiden Fällen kann er nur insoweit die Herrschaft über die Sache betätigen, als sie mit dem Gesetz nicht in Widerspruch steht; er darf in Abs. I ebensowenig den Gegenstand im Gewahrsam des Schuldners belassen, oder mit der Sache in einer Weise verfahren, die die Befriedigung des Gläubigers gefährden würde, wie er im Falle des Abs. II ihn aus dem Gewahrsam des Schuldners nehmen kann. Der Gerichtsvollzieher hat jederzeit Zugang zu der gepfändeten Sache; eventl. gibt das Gesetz (§ 758, II ZPO.) ihm sogar das Recht, verschlossene Haustüren, Zimmertüren und Behältnisse öffnen zu lassen, oder läßt ihm auch polizeiliche oder militärische Hilfe zu teil werden.

Im Gegensatz zu Riesinger (S. 68/9) und Roer (S. 43/44) möchten wir doch annehmen, daß dieses Ergebnis den pfandrechtlichen Grundsätzen des

[1]) Vgl. Mothes, 102.

Bürgerlichen Gesetzbuchs entspricht. Wenn Riedinger als Gegenstück erwähnt, das Bürgerliche Gesetzbuch kenne auch ein Pfandrecht o h n e Besitz in dem gesetzlichen Pfandrecht des Vermieters an den eingebrachten Sachen des Mieters, so möchten wir ihm entgegenhalten, daß das eine aus sozialen Gründen erfolgte Ausnahme bedeutet, die gerade die Regel bestärkt. Wie wir oben S. 24 dargelegt haben, vertreten wir auch bei dem Pfändungspfandrecht des Gläubigers die Ansicht, daß dieses nur entstehen kann, wenn dem Schuldner der unmittelbare Besitz genommen würde[1]), nicht notwendig ist natürlich, daß der Gläubiger denselben (als Faustpfand) selbst innehat. Dies findet auch auf den Fall des § 808, II ZPO. Anwendung: die Anlegung der Siegel entspricht wieder dem Grundsatze der Publizität des Pfandrechtes.

Auf Grund dieser Entwicklungen kommen wir also zu dem Ergebnis, auch im Falle des § 808, II ZPO. dem Gerichtsvollzieher unmittelbaren Besitz zuzuschreiben und erhalten wieder aus gleichen Gründen wie oben S. 36 einen mittelbaren Besitz des Schuldners; dies ist mit seinem Gewahrsam wohl vereinbar[2]).

Ebenso nimmt Voß[3]) an, daß der Gerichtsvollzieher unmittelbaren Besitz hat; aber der Weg zu diesem Resultat

---

[1]) Ebs. Petersen, 460 zu 808/9; RGSt., **5,** 37; vgl. auch Engelmann, 424; SeuffA., **59,** 245; S. 425; OLG. Rspr., **7,** 305; Sächs. Arch., **7,** 206.

[2]) Ähnl. Wolff, 16, der auch zu einem Gewahrsam und mittelbarem Besitz des Schuldners kommt, aber zu einem zweiten, der vermittelt wird durch den Gläubiger.

[3]) ZGervollz., **12,** 124; **13,** 53.

ist ein grundverschiedener. Er konstruiert sich einen eigenartigen prozeßrechtlichen Mitbesitz. Gerichtsvollzieher und Schuldner könnten nebeneinander und unabhängig von einander die tatsächliche Gewalt ausüben. „Die beiderseitigen Gewalten beschränken sich und sie können mit einander in Widerstreit geraten. Aber keine von beiden vermag den Inbegriff der tatsächlichen Gewalt, wie er dem § 854 BGB. als Voraussetzung zugrunde liegt, für sich allein genommen völlig zu erschöpfen, bis entweder die Pfändung oder der Gewahrsam des Schuldners aufgehoben wird.“ Dieser Mitbesitz hat dasjenige Moment, welches der Mitbesitz des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht kennt: Teilung der tatsächlichen Gewalt, während im Bürgerlichen Gesetzbuch jeder in gleicher Weise auf das Ganze berechtigt ist. Vogt (S. 46) weist darauf hin, Voß habe sich deshalb einen eigenen prozeßrechtlichen Mitbesitz konstruieren müssen, da nach herrschender Auslegung des § 866 BGB. Mitbesitzer gegeneinander nicht gegen Störung geschützt seien. Eine Konsequenz der Voßschen Ansicht wäre die, daß jede Verfügung des Schuldners auch dem gutgläubigen Dritten gegenüber nichtig wäre, „was weit über die Natur des Pfändungspfandrechts als eines dem Gläubiger[1]) zustehenden dinglichen Rechts ginge.“ Mag man über diese Konstruktion denken wie man will, jedenfalls ist sie — in gleicher Weise wie die Konstruktion eines unmittelbaren Mitbesitzes

[1]) Gegen Voß: Riedinger, 84/5; Weigert, 57/8, Anm. u. 65; Roer, 26, Anm. 1.

des Bürgerlichen Gesetzbuches[1]) — überflüssig, um zu einem unmittelbaren Besitze des Gerichtsvollziehers und gleichzeitigem (mittelbaren) Besitze und somit Besitzschutze des Schuldners zu kommen.

Dem mittelbaren Besitzer stehen u. E. nicht nur die Klagen aus §§ 861/2 BGB., sondern auch der Selbstschutz des § 859 BGB. zu, da wir — wie schon wiederholt erwähnt — die Ansicht vertreten, daß unter „Besitzer" regelmäßig auch der mittelbare gemeint ist (§ 868 BGB.)[2]). Daß für diesen Selbstschutz ein praktisches Bedürfnis vorliegt, zeigt unsere Auffassung von der Besitzstellung des Schuldners. Wir geben dem Schuldner mittelbaren Besitz und Gewahrsam. Wird die Sache dem Schuldner entrissen, so wäre es höchst sonderbar und durchaus nicht im Interesse des unmittelbaren Besitzers oder des Schuldners als Eigentümer, wenn der Schuldner nicht das Recht des § 859 BGB. hätte[3]). Nichts besagt es, wenn in § 869 BGB. nur die §§ 861/2 BGB. ausdrücklich erwähnt sind. Hier ist eben nur der Rechtsschutz durch Gerichtshilfe geregelt. Deshalb ist dem mittelbaren Besitzer noch nicht der Rechtsschutz durch Selbsthilfe, der jedem Besitzer zusteht, genommen[4]). Aber auch wir geben dem mittelbaren Besitzer den Selbstschutz nicht stets, sondern nur, wenn der unmittelbare Besitzer ihn hat, nicht etwa,

---

[1]) Vgl. Weigert, 57 ff.

[2]) A. M. Planck zu 869, S. 68; §§ 858/64 nur für unmittelbaren Besitzer.

[3]) A. M. Crome, **3**, 64, III, der aber diesen Fall nicht vorsieht.

[4]) Fischer-Henle zu § 869, Ziff. 8, S. 555.

wenn der Besitzmittler mit der Entziehung oder Störung einverstanden ist; denn dann liegt eben keine verbotene Eigenmacht gegenüber dem unmittelbaren Besitzer vor. Warum sollte der mittelbare Besitzer, wenn er sieht, daß der Besitz des unmittelbaren Besitzers vermutlich wider dessen Willen, aber ohne dessen Wissen, gestört oder entzogen wird, seinen Besitz nicht im Wege des § 859 BGB. schützen können?[1])

Wenn wir uns auch schon für eine bestimmte Besitzstellung des Schuldners und Gerichtsvollziehers im Falle des § 808, II ZPO. entschieden haben, so müssen wir doch noch den anderen möglichen und aufgestellten Meinungen entgegentreten[2]).

Ist man der Ansicht, der Gerichtsvollzieher sei unmittelbarer Besitzer, ohne dem Schuldner den mittelbaren Besitz zu vermitteln, und will man hiermit dem Schuldner jeden Besitz absprechen, so können wir wieder auf die oben S. 37 angeführten Gegenargumente verweisen. Gegen Bartels[3]), der behauptet, der Gläubiger sei insofern Alleinbesitzer als er nach § 856, II BGB. nur vorübergehend an der Ausübung der tatsächlichen Gewalt verhindert sei[4]), zumal er jederzeit die Sachen

---

[1]) Ebs. Fischer-Henle zu § 869, Ziff. 8, S. 855; Kohler i. ArchBürgR., **18,** 80; Windscheid-Kipp, **1,** 797 ff.; Wolff, 42; a. M. Planck zu § 869, Bem. 2, S. 68; Crome, 64, III, § 350; Biermann zu 869, S. 39; Dernburg, § 23, 83; Strohal, 121.

[2]) Durch unsere vorgehenden Erörterungen sind bereits die Ausführungen Riedingers, 66 ff., behandelt, der einen Alleinbesitz des Schuldners zu begründen sucht.

[3]) Gruchot, **42,** 671.

[4]) Gleicher Ansicht Weigert, 28; der aber dem Schuldner unmittelbaren Mitbesitz und mittelbaren Besitz durch den Gläubiger gibt.

zurückholen könnte, sprechen noch besondere Gründe. Es trifft durchaus nicht zu, daß der Gerichtsvollzieher sich stets der gepfändeten Sachen bemächtigen kann. Er kann sie nur zur Versteigerung oder bei besonderer Gefährdung dem Gewahrsam des Schuldners entziehen[1]). Ferner muß die Verhinderung des § 856, II BGB. eine unfreiwillige sein, was hier auch nicht der Fall ist[2]), da der Gerichtsvollzieher die Sache ihm selbst überläßt[3]). Eine Konsequenz dieser Ansicht wäre[4]), daß der Schuldner seine eigene Sache nicht gegen rechtswidrige Angriffe Dritter schützen könnte, was im Interesse des Schuldners in gleichem Maße wie in dem des Gläubigers liegen kann.

Es bliebe noch die Frage zu erörtern, ob der Schuldner nicht Besitzdiener des Gerichtsvollziehers ist, da der Schuldner mittelbarer Besitzer und zugleich Besitzdiener sein kann[5]). Schon in anderem Zusammenhange (vgl. oben S. 4 ff.) haben wir diese Ansicht widerlegt, da § 855 BGB. ein Abhängigkeitsverhältnis verlangt, kraft dessen der Schuldner den Weisungen des Gerichtsvollziehers in jeder Beziehung nachzukommen hätte, wobei letzterer stets das Recht hätte, einzugreifen. Eine derartige Abhängigkeit vom Gerichtsvollzieher finden wir beim Schuldner nicht[6]). U. E. kann man

---

[1]) Vgl. Vogt, 44.

[2]) Vgl. Hamburg. OLGRspr., **13,** 200 ff.; Riedinger, 87.

[3]) Roer, 40.

[4]) Vogt, 44; Voß, ZGervollz., **12,** 125.

[5]) Vgl. das Beispiel bei Roer, S. 37/8.

[6]) Gaupp-Stein, 570; Petersen, 461 zu 808/9; Staudinger zu 855, Nr. II; Planck zu 855, Nr. 2; Hamburg. OLGRspr., **13,**

auch nicht damit helfen[1]), daß man mit Strohal[2]) annimmt, es genüge für § 855 BGB., „daß jemandem die Ausübung der tatsächlichen Gewalt zwar für sich, aber nur ganz vorübergehend, nur innerhalb bestimmter Schranken und nur unter den Augen, unter der Aufsicht eines zur Wahrung der von ihm gezogenen Schranken jederzeit befugten Besitzherrn gestattet ist." Ganz abgesehen davon, daß § 855 BGB. Ausübung „für einen anderen" verlangt, ist der von Strohal aufgestellte Satz u. E. dann anwendbar, wenn man z. B. einem Mitreisenden sein Kursbuch leiht; man kann ihm dann dasselbe stets wieder fortnehmen, ohne irgendein Recht zu verletzen. Ebenso verhält es sich in den übrigen von Strohal S. 11 angeführten Beispielen: Gast an Messer und Gabel, Besucher eines Kaffeehauses an Zeitungen, Kegelgesellschaft an Kegel und Kugeln. Würde aber der Gerichtsvollzieher den „Schranken" entgegen — die übrigens gar nicht, wie Strohal verlangt, vom Gerichtsvollzieher, sondern vom Gesetz gezogen sind — unrechtmäßig die Sachen aus dem Gewahrsam des Schuldners entfernen, so würde er sich doch sicherlich verantwortlich machen, wobei es für dieses Gegenargument gleichgültig ist, ob wir dem Schuldner in § 808, II mit

---

200 f.; Maenner, 127, Anm. 10; Kreß, 231, Anm. 674; Vogt, 43/44; Weigert, 55/56; a. M. Neukamp, 781; vgl. auch Heinrici i. Gruchot, **49**, 415.

[1]) A. M. Mothes, 102/3, der aus diesem Grunde den Schuldner als Besitzdiener des Gerichtsvollziehers ansieht; Kretzschmar zu 868, 38; Schenk, 51.

[2]) 12; Weidemann, 16; Seufferts Arch., **57**, 35.

Vogt[1]) ein Recht zum Besitze geben, oder diese Vorschrift[2]) nur als prozessuale Ordnungsvorschrift ansehen. Jedenfalls würde der Schuldner gegen diese Pfändung gemäß § 766 ZPO. Rückschaffung in gleicher Weise verlangen können, wie der Gläubiger das Gegenteil erreichen könnte, wenn der Schuldner trotz Gefährdung im Gewahrsam geblieben wäre[3]).

§ 9.

Schuldner Besitzmittler des Gerichtsvollziehers?

Eine weit verbreitete Ansicht[4]) nimmt an — indem sie von der Auffassung ausgeht, daß unter Gewahrsam in § 808 ZPO. unmittelbarer Besitz zu verstehen ist —, daß der Schuldner Besitzmittler des Gerichtsvollziehers ist, also gerade das Umgekehrte unserer Ansicht. Die Anhänger dieser Meinung gehen zumeist von der Auffassung aus, daß es sich hier, wenn auch nicht um eine

---

[1]) S. 42/43.

[2]) ZGervollz., **13**, 50, II; zweifelnd Gaupp-Stein, 570; wie Schenk, S. 51.

[3]) Neukamp, S. 781.

[4]) Gaupp-Stein, 570 (Schuldner zur Fortsetzung des Besitzes verpflichtet § 137 StGB.); Staudinger zu § 868, 60; Kniep, 145; OLGRspr., **2**, 267; Neumann, 868; Komm. RGRäte zu 868,733; vgl. Struckmann-Koch zu 808; ohne Begründg.: Bunsen, ArchBürgR., 29, 31/2; Gierke, **2**, 979, Anm. 39; Petersen zu 808/9, 460 ff.; Przibilla, JW. 1908, 395 ff.; a. M. Schenk, 56, Schuldner Besitzdiener; Weigert, 35/6.

Verwahrung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches[1]), so doch um ein ihr ähnliches[2]) Rechtsverhältnis handele. Die Verwahrung des Bürgerlichen Gesetzbuches sei ein Vertrag, der also eine Einigung zwischen Gerichtsvollzieher und Schuldner voraussetze, eine solche Einigung werde zwar wohl meist nicht vorliegen; aber die Pflicht zur Aufbewahrung liege auch bei vorhandener Einigung nur in dem amtlichen Gebot des Gerichtsvollziehers. Werden dem Schuldner die Vorteile des Gebrauches seiner Sachen belassen, warum sollte er nicht auch Pflichten haben[3])? Daß diese Ausführungen, die ja etwas Bestechendes haben mögen, doch nicht das Richtige treffen — ganz abgesehen von der Frage, ob der Gerichtsvollzieher überhaupt berechtigt ist, den Schuldner derart zu verpflichten — ergibt sich aus unseren Erörterungen auf S. 11 ff. über den mittelbaren Besitz. Als Kriterium des § 868 hatten wir gefunden, daß der Besitzmittler sein Recht oder seine Pflicht zum Besitze vom Gerichtsvollzieher herleitet und zwar derart, daß das Recht des Unterbesitzers gegenüber dem des Oberbesitzers inhaltlich beschränkt ist. Eine Folge hiervon war, daß es über einem Fremdbesitz

[1]) Seuffert zu 808, 494, Nr. 3; Weismann, 128; der Schuldner sei als Verwahrer Besitzmittler und zwar nicht des Gerichtsvollziehers, sondern des Gläubigers — entsprechend seiner Ansicht, daß im Falle des § 808, I dem Gläubiger Besitzschutz und somit Besitz „gebühre" (vgl. darüber S. 8) und der Gerichtsvollzieher amtlichen Besitz ergreife. Hiergegen spricht, daß über einen unmittelbaren Eigenbesitz kein mittelbarer Fremdbesitz bestehen kann. Vgl. S. 12 ff.

[2]) Maenner, S. 127, Anm. 10.

[3]) Vgl. Roer, 48 ff.

noch einen zweiten Fremd- oder einen Eigenbesitz geben kann, nie aber über einen Eigenbesitz einen Fremdbesitz[1]). Dies wäre aber hier der Fall. Der Schuldner hätte als Eigentümer der gepfändeten Sachen einen unmittelbaren Eigenbesitz, der Gerichtsvollzieher mittelbaren Fremdbesitz. Hiergegen kann man auch nicht einwenden, daß das Bürgerliche Gesetzbuch auch in anderen Fällen dies zuläßt, z. B. in § 1052, II BGB., wo der Eigentümer zum Verwalter des Nießbrauchers bestellt werden kann[2]). Betrachten wir zunächst den Fall, daß der Verwalter und Eigentümer verschiedene Personen sind, so ergibt sich folgende Besitzkette:

Gerichtlicher Verwalter: unmittelbarer (Fremd-) Besitzer.

Nießbraucher: Erster mittelbarer (Fremd-) Besitzer.

Eigentümer: Zweiter mittelbarer (Eigen-) Besitzer.

Ist nun der Eigentümer zugleich Verwalter, so ist klar, daß er sowohl zweiter mittelbarer Eigenbesitzer als auch unmittelbarer Fremdbesitzer ist. Als Gegenargument für die von uns angeführte Ansicht ließe sich mithin § 1052, II BGB. nicht benutzen. Daß über einem Eigenbesitz kein mittelbarer Fremdbesitz bestehen kann, zeigt sich noch daraus, daß nach § 1006, III BGB. eine Vermutung für das Eigentum des mittelbaren Besitzers besteht; es wäre also nicht der Eigenbesitzer vermutlicher Eigentümer[3]).

---

[1]) Vgl. Wolff, 16; Riedinger, 88.

[2]) Vogt, 51.

[3]) Wolff, 16.

Gegen die Ansicht, daß der Schuldner unmittelbarer und der Gerichtsvollzieher mittelbarer Besitzer ist, läßt sich auch der Wortlaut des Gesetzes anführen. Da wir der Meinung sind, daß der Gerichtsvollzieher auch im § 808, II ZPO. genau wie im Abs. I die Sachen in seinen Besitz nehmen muß und regelmäßig unter Besitz auch der mittelbare zu verstehen ist, wäre es an und für sich möglich, daß der Gerichtsvollzieher mittelbarer Besitzer ist. Sprechen wir aber beim Erwerbe des mittelbaren Besitzes von „in Besitz nehmen"? Dieses Wortes kann man sich nur dann bedienen, wenn der Gerichtsvollzieher wirklich unmittelbaren Besitz ergreift[1]).

Vom Standpunkt der Mandatstheorie würde sich unserer Auffassung gemäß ergeben:

Gerichtsvollzieher unmittelbarer,
Gläubiger erster mittelbarer,
Schuldner zweiter mittelbarer Besitzer
Gewahrsams-Inhaber[2]).

Dagegen nimmt die herrschende Meinung[3]), indem

[1]) Weigert, 28, 27.

[2]) Wolff, 16.

[3]) Gaupp-Stein, 570; Seuffert zu 808, 494; Strohal, Sachenrecht, 27; Planck zu 868; Rohde, XX, 44 5; Gierke, DtPrR., 2, 670, Nr. 39; OLG. Rspr., 13, 200; Endemann, 2, 32, Anm. 19; Strecker-Kuch zu 808, Nr. 1, 4; Petersen zu 808, 9, 64; OLG. Jena, Rspr., 2, 267, Windscheid-Kipp, 1, 1084; Vogt, 51; a. M. Kretzschmar, 38 zu 868 (Besitzdiener und mittelbarer Besitzer); Staudinger, 3, 2 zu 808, 56; vgl. Rohde, XXI, 23, der zu einem zweiten mittelbaren Besitz des Schuldners kommt; als Besitzmittler dient er dem Gerichtsvollzieher an, da er dem Gläubiger seinen Besitz gibt; vgl. Komm. RGRäte zu § 871, 737, die eine Doppelstellung des Schuldners nicht erwähnen.

sie Gewahrsam gleich unmittelbarem Besitz setzt, an, daß der

Gerichtsvollzieher: erster mittelbarer,

Gläubiger: zweiter mittelbarer,

Schuldner: unmittelbarer Fremdbesitzer und mittelbarer Eigenbesitzer sei. Hiergegen sprechen unsere obigen Ausführungen.

§ 10.

Mitbesitz des Gerichtsvollziehers und Schuldners?

Es bliebe noch zu untersuchen, ob der Gerichtsvollzieher nicht durch Anlegung der Siegel sich mit dem Schuldner analog § 1206 BGB. in Mitbesitz der gepfändeten Sachen befindet[1]).

In § 1206 ist die Rede von einem Mitverschluß, der, falls der betreffende Gegenstand sich im Besitz eines Dritten befindet, ersetzt wird durch gemeinschaftliche Herausgabe an beide. Vergleichen wir nun die beiden Rechtslagen: in dem einen Falle denken wir an einen Mitverschluß mit zwei Schlüsseln, so daß der Gegenstand nur gemeinschaftlich abgeholt werden kann und ein Aufbrechen dieses Verschlusses jedenfalls mit großer Anstrengung verbunden, wenn nicht sogar unmöglich ist; wogegen bei der Pfändung durch Siegelung

[1]) Zweifelhaft RG., 57, 326; Weigert, 57 ff.

der Schuldner durch einfaches, leichtes Lösen des Siegels den Mitverschluß aufheben kann. Daß diese beiden Situationen sehr verschieden sind, und nach der Verkehrsauffassung unser Fall schwerlich als Mitbesitz wird angesehen werden, braucht nicht näher dargelegt zu werden[1]).

III. Folgen der aufgestellten Sätze bezüglich der Stellung des Schuldners zum Gerichtsvollzieher.

§ 11.

Kann der Schuldner sich gegen eventuelle rechtswidrige Eingriffe des Gerichtsvollziehers auf Grund seines Besitzes wenden? Es ist u. E. durchaus unrichtig, dem Schuldner prinzipiell die Besitzklagen gegenüber dem Gerichtsvollzieher zu entziehen[2]). Nach § 858 BGB. begeht derjenige verbotene Eigenmacht, der dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzieht oder ihn im Besitze stört, sofern nicht das Gesetz die Entziehung oder Störung gestattet. Nach § 808 ZPO. ist nun die Pfändung der in Gewahrsam des Schuldners befindlichen körperlichen Sachen gesetzlich erlaubt. Daher ist der vom Gerichtsvollzieher unter Beobachtung der gesetzlichen Erfordernisse vorgenommene Pfändungs-

---

[1]) Vgl. Roer, 40/41.

[2]) A. M. Turnau-Förster zu § 861, 73; Gruchot, **23**, S. 245, **25**, S. 359, da Handlungen des Gerichtsv. kein Akt der Privatwillkür; JW. 1902, S. 193.

akt nie verbotene Eigenmacht[1]). Man kann dem Gerichtsvollzieher nicht zumuten, daß dieser stets prüft, ob die Gegenstände sich im Eigentum des Schuldners befinden. Deshalb haben wir gerade die Bestimmung des § 808 ZPO.; auch braucht der Gerichtsvollzieher sich nicht auf das bewiesene oder unbewiesene Vorbringen des Schuldners, die Sachen ständen im Eigentum eines Dritten, einzulassen. Hierfür hat der Schuldner die Einwendung nach § 766 ZPO. Pfändet der Gerichtsvollzieher wissentlich fremdes Eigentum, das sich im Gewahrsam befindet, so hat der Schuldner u. E. dennoch keine Besitzklage; dies hat nur Bedeutung für die Haftung des Gerichtsvollziehers für den eventl. entstandenen Schaden. Anders verhält es sich dagegen, wenn der Gerichtsvollzieher Sachen pfändet, die sich nicht im Gewahrsam des Schuldners oder eines zur Herausgabe nicht bereiten Dritten (vgl. unten S. 80) befinden. Diese Pfändung ist formwidrig und vom Gesetz nicht gestattet. Hier hat der Besitzer die Rechte aus seinem Besitz[2]). Die Klage ist gegen den Gerichtsvollzieher oder — vom Standpunkt der Mandatstheorie — gegen den betreibenden Gläubiger zu richten[3]). Wir sehen also, daß die im § 808 9 ZPO. aufgestellten Erfordernisse — daß der Schuldner

---

[1]) Vgl. Rubensohn, 474; Hanseat. Gerztg. 1882, Beibl., Nr. 75; Bruhns, Besitzklag., 257.

[2]) Bender, 33; Anm. 17; SeuffArch., **5,** Nr. 26, S. 30/1; **7,** Nr. 317, 378; **14,** Nr. 236, S. 393; **19,** 46, 74; Mothes, 108; Randa, 324 26, Anm. 20; Bruhns, Recht d. Besitzes, 208, 395; ders., Besitzklagen, 28, 253, 257,8; a. M. Weigert, 41; Olshausen, Einsprüche, 51.

[3]) Mothes, 110; Randa, 316; O. Bähr, 289.

sich im Gewahrsam der Sachen befindet und der Dritte zur Herausgabe bereit ist — nur die formalen Voraussetzungen des Pfändungsaktes sind, die wieder eine der Voraussetzungen dafür bilden, daß der Gläubiger das Pfandrecht erwirbt[1]). Ein gültiges Pfändungspfandrecht kann an Sachen, die Eigentum eines Dritten sind, nicht entstehen, mag der Gerichtsvollzieher in gutem oder schlechtem Glauben sein[2]). Warum sollte, was bei Pfändungen von Forderungen und anderen Rechten unbestritten ist, nicht auch bei der Pfändung beweglicher Sachen gelten[3])? Zwar finden bei der Entstehung wie bei der Beendigung des Pfändungspfandrechts im allgemeinen die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches Anwendung, soweit sich nicht aus dem Wesen der Pfändung nach der Zivilprozeßordnung eine Änderung ergibt[4]). In § 1207 BGB. heißt es:

> „Gehört die Sache nicht dem Verpfänder, so finden auf die Verpfändung die für den Erwerb des Eigentums geltenden Vorschriften der §§ 932, 934, 935 entsprechende Anwendung",

d. h. ist der Pfandgläubiger in gutem Glauben, so schadet ihm das Nichteigentum des Schuldners nichts. Nun wird gewöhnlich folgendermaßen argumentiert: Nach

---

[1]) Gaupp-Stein zu 804, 55.

[2]) Gleicher Ansicht: Wolff i. Festschrift für Hübler, S. 64/5; Struckmann-Koch zu § 804, S. 769; Großfeld, S. 59: Vogt, S. 13; W. A. Müller, S. 93; Tenbieg, S. 28; Schönfeld, S. 195, Anm. 1.

[3]) Gaupp-Stein zu 829, 607.

[4]) Struckmann-Koch zu § 804, S. 769; Petersen zu 804. S. 446; Gaupp-Stein zu 804, 478.

§ 1257 BGB. finden die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht auf ein kraft Gesetzes entstandenes Pfandrecht entsprechende Anwendung. Ist also das Pfändungspfandrecht ein kraft Gesetzes entstandenes Pfandrecht, so muß nach § 1207 BGB. der gute Glaube geschützt sein[1]). Hierbei wird aber übersehen, daß § 1207 nur Geltung hat für „ein kraft Gesetzes entstandenes Pfandrecht". Ist aber das gesetzliche Pfandrecht bereits entstanden — ganz abgesehen davon, daß u. E. das Pfändungspfandrecht kein durch Gesetz entstandenes Pfandrecht ist (vgl. oben S. 21) —, so können natürlich nicht noch nachträglich die Sätze vom Erwerb des Pfandrechts durch den guten Glauben Anwendung finden. Ferner legt § 771 gar nicht darauf Wert, ob der Gerichtsvollzieher geglaubt hat, daß die Sachen Eigentum des Schuldners sind oder nicht. Stets hat der Dritte, der an der Sache ein die Veräußerung hinderndes Recht hat, nach § 771 ZPO. die Interventionsklage[2]). Wenn wir also das Pfandrecht an einer fremden Sache nicht entstehen lassen, so ist damit nicht gesagt, daß bei entgegenstehenden Rechten Dritter nach der Pfändung etwa „nihil actum est", die Pfändung nichtig ist[3]) — denn dann könnte jeder die Siegel entfernen —, sondern die Folgen der Pfändung müssen vom Gerichtsvollzieher wieder rückgängig gemacht werden. Erhebt ein Dritter nach § 771 ZPO. die Klage gegen eine nach § 808, I ZPO. vollzogene

[1]) Vogt, 14.

[2]) Nessel, Pfändungspfd., 98.

[3]) Petersen, 359; RG., **14,** 365; Gruchot, **44,** 186

Pfändung, so sind die Sachen bereits mit dem die Pfändung für unzulässig erklärenden Urteil pfandfrei, nicht erst dann, wenn die Gegenstände aus dem Besitz des Gerichtsvollziehers wieder in die Hände des Schuldners gelangt sind[1]). Es genügt, daß die gepfändeten Sachen dem Schuldner zur Verfügung gestellt werden. Der Gerichtsvollzieher braucht die Sachen nicht in die Wohnung des Schuldners zu schaffen. Seine Verpflichtung zum Besitz dauert noch bis zur Abholung der Gegenstände durch den Schuldner.

Hat der Schuldner, falls er mittelbarer Besitzer ist, nicht noch die Besitzentziehungsklage auf Grund des § 869 BGB. gegen den Gerichtsvollzieher oder — wenn man Anhänger der Mandatstheorie ist — gegen den Gläubiger? Diese setzt voraus, daß gegen den unmittelbaren Besitzer, also gegen den Schuldner, verbotene Eigenmacht verübt ist. Eine solche liegt nicht in der nach § 808 erfolgten gültigen Vornahme des Pfändungsaktes (vgl. S. 63), anderenfalls sehen wir keinen Grund, sie dem Dritten zu versagen.

Der Besitzschutz kommt nach §§ 861/2 BGB. dem mittelbaren und unmittelbaren Besitzer zu; nach unserer Auffassung betreffs der Besitzverhältnisse also im Falle des § 808, I und II ZPO. in gleicher Weise dem Gerichtsvollzieher als unmittelbaren und dem Schuldner als mittelbaren Besitzer (über die Stellung des Gläubigers vgl. oben S. 27). Wie er sich vom Standpunkt der Mandatstheorie und der übrigen möglichen und auf-

[1]) Seuffert zu 804, 480; a. M. Mothes, 27.

gestellten Ansichten regelt, ist hiernach, weil selbstverständlich, überflüssig darzustellen. Erwähnt sei noch die Ansicht Bunsens[1]), daß für den Fall des § 808, II ZPO., in dem sich nach seiner Meinung der Schuldner in unmittelbarem und der Gerichtsvollzieher in mittelbarem Besitze befindet, der Gerichtsvollzieher bei Besitzentziehung oder -störung in jedem Falle (also weiter als § 869 BGB.) stets Herausgabe an sich verlangen könne; denn der Gerichtsvollzieher sei „befugt, in diesem Falle die Sache eigenmächtig wegzunehmen". Hieraus folgert er dann weiter, daß der Schuldner dem Gläubiger gegenüber des Besitzschutzes entbehren müßte. Woraus schließt Bunsen das? Im § 808, II ZPO. heißt es: „andere Sachen als . . . . . sind im Gewahrsam des Schuldners zu belassen, sofern nicht hierdurch die Befriedigung des Gläubigers gefährdet wird." Diese Vorschrift kann doch nur auf solche Fälle bezogen sein, in denen auf Grund Verschuldens oder sonstiger besonderer Umstände die Gegenstände einer Gefahr ausgesetzt sind, die durch den Gewahrsam des Gerichtsvollziehers vermieden werden kann. Gegen eine Besitzentziehung oder -störung wird sich der Gerichtsvollzieher auch nicht stets sichern können. Es wird also auf die konkreten Umstände ankommen. In dieser Allgemeinheit geht die Behauptung Bunsens u. E. sicher zu weit.

Wer dem Gerichtsvollzieher keinen Besitz im privatrechtlichen Sinne zuweist, wird ihm auch die Besitz-

---

[1]) i. ArchBürgR., **29**, 31/2.

klagen absprechen müssen[1]). Es werden ihm also nur Zwangsmittel polizeilicher Natur zustehen, wobei wir noch auf den Irrtum hinweisen möchten, die Bedeutung dieser possessorischen Klagen zu unterschätzen, oder gar zu behaupten, jene seien gegenüber diesen überflüssig; die Besitzklagen können doch von großer Wichtigkeit werden[2]).

Ist nun der Schuldner berechtigt, den ihm gebliebenen Besitz an der gepfändeten Sache zu übertragen, insbesondere im Wege des constitutum possessorium einem Dritten an der gepfändeten Sache Eigentum zu verschaffen? Nach Neukamp[3]) hat die Pfändung die rechtliche und tatsächliche Verfügungsbeschränkung zur Folge. Er ist der Ansicht, daß in jeder Pfändung ein Veräußerungsverbot im Sinne der §§ 135/6 BGB. enthalten ist, und zwar will er die Pfändung an körperlichen Sachen analog den §§ 829, 846, 857 ZPO. behandelt wissen. Ist ein solches Veräußerungsverbot bei der Pfändung von Forderungen und anderen Vermögensrechten bestimmt, so müsse dasselbe für die Mobiliarzwangsvollstreckung gelten, zumal der Gläubiger sonst kein Recht hätte, eine nach der Pfändung erfolgte Veräußerung seitens des Schuldners anzufechten. Dies ist u. E. völlig überflüssig. Der Gläubiger erlangt durch

---

[1]) Vgl. Gruchot, **23,** 245; Schrutka-Rechtenstamm, Freigebung, S. 69; Weismann, **2,** 128, Nr. 3; Duchesne, Sächs. Arch., **13,** 616 ff.

[2]) Vgl. Roer, 22; Mothes, 104/5; a. M. Riedinger, 96; Planck, ZivPr., **2,** 724; Voß i. Gruchot, **23,** 245.

[3]) Zu § 803, S. 773/4.

die Pfändung nach § 804 ZPO. ein Pfandrecht, also ein dingliches Recht. Dies wirkt gegenüber schlechtgläubigen Dritten. Daß der Gläubiger auch gegenüber gutgläubigen Dritten geschützt sein soll, geht über die dingliche Seite des Pfandrechts ohne Grund weit hinaus. Die tatsächliche Verfügungsbeschränkung ist durch § 137 StBG. gegeben. Hiernach wird nicht jede Besitzübertragung strafbar sein, sondern nur eine solche, durch die der gepfändete Gegenstand der Verstrickung entzogen wird, d. h. durch die die Verfügungsgewalt der Behörde mindestens zeitweise aufgehoben wird[1]). Es liegt also nach unserer Auffassung rechtlich kein Hinderungsgrund vor, daß der Schuldner das Eigentum an der gepfändeten Sache einem Dritten überträgt.

Wie gestalten sich nun die Besitzverhältnisse, wenn dies mittels constitutum possessorium geschieht? Eine reale Besitzübergabe kommt für unsere Auffassung nicht in Betracht, da der Schuldner nur mittelbarer Besitzer ist. Aber auch für diejenigen, die dem Schuldner unmittelbaren Besitz zusprechen, ist dies ohne Interesse, da der Besitzer nach außen durch die Übergabe kundgibt, nunmehr den ehemaligen Besitz aufgeben zu wollen. Kann überhaupt ein mittelbarer Besitzer durch constitutum possessorium Eigentum übertragen? Im § 930 BGB. heißt es:

„Ist der Eigentümer im Besitze der Sache, so kann die Übergabe dadurch ersetzt werden, daß zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis

[1]) RGSt., 3, 255.

vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt."

Obwohl hier davon die Rede ist, daß die Übergabe, d. h. der unmittelbare Besitz, ersetzt werden soll, möchten wir uns doch der herrschenden Meinung anschließen, die § 930 BGB, auch für den mittelbaren Besitzer gelten lassen will, da wir unter Besitz regelmäßig sowohl unmittelbaren als auch mittelbaren verstehen und nach § 871 BGB. der mittelbare Besitzer selbst ein Rechtsverhältnis nach § 868 BGB. begründen kann[1]). Kohler[2]) vertritt die Gegenansicht, indem er darauf hinweist, daß das constitutum possessorium nur eine „Besitzergreifung in verkürzter Gestalt" sei: anstatt daß der Besitzer dem Erwerber die Sache übergibt und von ihm wieder zurückempfängt, tritt die Erklärung des Besitzers nunmehr für den Erwerber den Besitz ausüben zu wollen. Besitzergreifen könne aber nur der unmittelbare Besitzer, Daß sich das constitutum possessorium aus diesen Erwägungen heraus entwickelt hat, mag Kohler gern zugegeben sein; daraus ergibt sich aber noch lange nicht, daß das Bürgerliche Gesetzbuch auf demselben Standpunkt steht. Das constitutum possessorium ist u. E. ein Institut, das sich allmählich von der Besitzergreifung losgelöst und verselbständigt hat. Wir können es nicht mit Kohler für „Unnatur" ansehen, als Eigentümer eines vermieteten Pferdes, das der Mieter im unmittel-

---

[1]) Ebs. OLG. Rspr., **18,** 137; Wolff, 174; Staudinger, 301 zu § 920; RG. i. JW. 1909, S. 31; RG., **11,** 57; **26,** 182.

[2]) i. BürgArch., **18,** 66/67.

baren Besitz hat, zu sagen, „meine (Kohlers) Erklärung, nunmehr für den A Besitz ergreifen zu wollen, wirke als Besitzergreifung für den A.“

Durch diese Eigentumsübertragung verwandelt sich der Schuldner aus einem mittelbaren Eigenbesitzer in einen mittelbaren Fremdbesitzer, der Erwerber wird mittelbarer Eigenbesitzer; der Gerichtsvollzieher bleibt unmittelbarer Fremdbesitzer.

Kapitel 3.

C. Stellung des Gerichtsvollziehers zum Staat.

§ 12.

Wir haben bei unseren bisherigen Betrachtungen völlig die Stellung des Staates außer acht gelassen, die er dem Gerichtsvollzieher gegenüber einnimmt. Steht der Gerichtsvollzieher zu ihm überhaupt in einer Beziehung bezüglich des Besitzes, den er nach § 808 ZPO. an den gepfändeten Sachen erlangt, oder steht der Gerichtsvollzieher hier durchaus unabhängig? Für den ersten Fall käme in Betracht: der Gerichtsvollzieher ist Besitzdiener oder Besitzmittler des Staates.

Riedinger[1]) geht davon aus, daß der Gerichtsvollzieher zwar die Sachen in seinen Händen hat und

[1]) S. 43 ff.; gegen ihn Heinrici i. Gruchot, **49**, 415.

die tatsächliche Gewalt unter Ausschluß jedes anderen ausübt, daß er aber kein Eigenbesitzer ist, sondern nur als Organ des Staates für diesen tätig wird, also nur Besitzdiener wird. Er kommt zu diesem Resultat auf Grund der auch von uns vertretenen Amtstheorie, indem er sich sagt, der Gerichtsvollzieher ist Beamter, folglich muß er auch wie jeder Beamter Besitzdiener des Staates sein. Hier ist der Fehler. Riedinger übersieht und unterschätzt dabei die Sonderstellung, die der Gerichtsvollzieher unter den Beamten einnimmt. Wäre der Gerichtsvollzieher Besitzdiener des Staates, so müßten die auf S. 4 ff. für § 855 BGB. gefundenen Erfordernisse anwendbar sein. Es müßte also zwischen beiden ein derartiges Verhältnis bestehen, daß der Staat beliebig selbst eingreifen und dem Gerichtsvollzieher die Sache zu jeder Zeit abfordern darf. Kann man aber die Stellung des Gerichtsvollziehers zum Staat wirklich mit der des Hausherrn zum Diener vergleichen? Ist er tatsächlich nur Werkzeug des Staates? U. E. ist dies zu verneinen. Riedinger sucht die Begründung seiner Behauptung darin, daß die vorgesetzte Behörde, wenn sie erfährt, daß ein Gerichtsvollzieher nicht die nötige Sorgfalt auf die ihm anvertrauten Sachen verwendet, ihm stets die Sachen ohne Verfahren abnehmen kann. Damit ist doch noch nicht gesagt, daß sie es stets ohne Grund oder aus einer beliebigen Laune tun kann. Das ist nun gerade der Schwerpunkt des Besitzdiener-Verhältnisses. Wird dem Gerichtsvollzieher infolge gefährdender Handlungen eine Sache abgenommen, so ist das nur eine provisorische Sicherheitsmaßregel;

es wird stets ein Disziplinarverfahren nachfolgen, in welchem die Rechtmäßigkeit des Vorgehens des Staates gezeigt werden wird und eventl. werden, wenn sich die Gründe nicht als stichhaltig erwiesen haben, die Sachen wieder zurückgeschafft werden müssen. Wenn Riedinger[1]) als Beleg für seine Behauptung Wendt[2]) anführt, so ist das u. E. nicht richtig. Wendt vertritt seine Ansicht, daß die Ähnlichkeit im § 855 BGB. nicht in dem „Folgeleisten", sondern lediglich darin liegt, daß Personen in einem dem Haushalt und Erwerbsgeschäfte ähnlichen Abhängigkeitsverhältnisse zu Sachen derart stehen, daß sie zwar die tatsächliche Gewalt haben, es aber ersichtlich sein muß, daß sie diese für den Herrn ausüben. Als Beispiel hierfür nennt Wendt die verschiedenen Zweige des öffentlichen Dienstes; er spricht dabei aber nur von solchen Beamten, die in einem öffentlichen Dienstgebäude in ihrer amtlichen Eigenschaft Gegenstände verwahren, beaufsichtigen oder benutzen[3]). Die übrigen[4]) von Riedinger Genannten erwähnen als Beispiel für den Besitzdiener die „Beamten", ohne sich näher einzulassen; können also u. E. auch nicht als Beleg verwendet werden. Daß die Verhältnisse bei dem

---

[1]) S. 43, Anm. 2.

[2]) ArchzivPr., **87,** 66; Kniep, 39.

[3]) Ähnl. Rotering, 299 unt.; Strohal, Iherings J., **38,** 6.

[4]) Planck zu 855; Staudinger zu 855, 23; Bartels, Gruchot, **42,** 654; ähnl. Bekker i. Iherings J., 34, 43, der unterscheidet: Soldaten haben an Waffen, Munition, Uniform wohl Besitz; an anderen Sachen, die ihnen dienstlich zu Transport, Reinigung . . . übergeben werden, üben sie nur tatsächliche Gewalt als Diener. Diese Trennung ergibt sich aus seiner Unterscheidung zwischen § 855 und 868 BGB. („sofort").

Gerichtsvollzieher ganz anders liegen, scheint Riedinger selbst einzusehen, wenn er darauf hinweist, daß der Gerichtsvollzieher viel selbständiger[1]) steht als mancher andere Beamte; vor allem arbeitet der Gerichtsvollzieher für gewöhnlich nicht in einem öffentlichen Dienstgebäude, sondern unterhält sein eigenes Bureau, seine eigene Pfandkammer. Roer (S. 23) wendet u. E. mit Recht gegen Riedinger ein, daß diese Stellung eher dem Gerichtsboten des gemeinen Zivilprozesses zukomme, als dem Gerichtsvollzieher; denn dieser war Gehilfe des Richters und hatte genau nach seinen Weisungen und unter seiner Kontrolle zu handeln. Wie anders im heutigen Recht! Der Gerichtsvollzieher ist dem französischen „huissier" nachgebildet, der dem Gericht frei gegenübersteht und selbst über Form und Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung entscheidet. Der Richter hat über ihn nur die Dienstaufsicht zu führen.

Da wir hiernach die Eigenschaft des Gerichtsvollziehers als Besitzdiener gegenüber dem Staat abgelehnt haben, fragt es sich, ob er nicht vielleicht Besitzmittler des Staates ist[2]).

Bei unseren Betrachtungen auf S. 11 ff. hatte sich als Kriterium des § 868 BGB. ergeben, daß der unmittelbare Besitzer auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses berechtigt oder verpflichtet sein müsse. Besteht nun zwischen Gerichtsvollzieher und Staat

---

[1]) Heinrici, Gruchot, 49, 415.

[2]) Für Besitz des Gerichtsvollziehers ohne Berücksichtigung des Staates: Neukamp zu 808, 781; Bendix, 529; Struckmann-Koch zu 808, 776; Gaupp-Stein zu 808, 570.

ein derartiges Verhältnis, daß der Gerichtsvollzieher seine Pflicht oder sein Recht zum Besitze gerade dieses bestimmten Gegenstandes herleitet? Aus seiner Beamtenstellung ist das nach § 868 erforderliche Rechtsverhältnis nicht zu erklären. Allerdings, wäre er nicht Beamter, so bestände für ihn keine staatliche Verpflichtung, den Besitz zu ergreifen; diese genügt aber nach § 868 nicht. Ein Recht auf den Besitz dieser konkreten Sache hat er nur vom Schuldner.

Sonach bleibt nur übrig, den Gerichtsvollzieher als Alleinbesitzer anzusehen[1]).

[1]) Roer, 26; ähnl. Bekker, Iherings J., **34**, 43; vgl. Buhl, 23.

Anhang.

Besitzverhältnisse im Fall der Pfändung nach §§ 809, 810, 815, 826 ZPO.

§ 13.

Pfändung nach § 809 ZPO.

Noch einzugehen ist auf die Besitzverhältnisse der §§ 809, 810, 815 und 826 ZPO.

Befindet sich die zu pfändende Sache im eigenen Gewahrsam des Gläubigers, so tauchen wieder dieselben Fragen auf, wie wenn die Sache sich beim Schuldner befunden hätte. Es tritt an die Stelle des Schuldners die Person des Gläubigers. Wenn wir schon im Verhältnis des Gerichtsvollziehers zum Schuldner, als die Sache in seinem Gewahrsam belassen wurde, ein Besitzdienerverhältnis abgelehnt haben, so müssen wir es auch hier tun; es fehlt an jeglichem Abhängigkeitsverhältnis des Gläubigers und Gerichtsvollziehers. Der Gerichtsvollzieher wird durch die Besitzergreifung — mag er die Sachen fortschaffen oder im Gewahrsam des Gläubigers belassen — Besitzmittler des Gläubigers[1]).

[1]) OLG.Rspr., **12**, 295/6; das aber unmittelbaren Besitz des Gläubigers anzunehmen scheint, falls der Gläubiger im Gewahrsam bleibt.

Er ist bis zur Aufhebung der Pfändung zum Besitze verpflichtet; der Gläubiger wird also mittelbarer Besitzer, und, falls er den Gewahrsam der Sachen behält, kommt dieser zu seinem mittelbaren Besitze hinzu, während der Gerichtsvollzieher von vornherein einen unmittelbaren Besitz ohne Gewahrsam erlangt (vgl. oben S. 49). Der Schuldner, der in der Regel schon vorher im mittelbaren Besitz gewesen sein wird — Besitzdiener fallen auch nach unserer Auffassung von der Bedeutung des Wortes „Gewahrsam" nicht unter § 809 ZPO. —, wird mittelbarer Besitzer zweiten Grades. Die Anhänger der Mandatstheorie kommen im Falle des § 808 II (verbunden mit § 809) zu einem merkwürdigen Resultat: der Gerichtsvollzieher ergreift den Besitz für den Gläubiger, während der Gläubiger wieder für den Gerichtsvollzieher besitzt, eine „gekünstelte, durch die Tatsachen nicht zu rechtfertigende Konstruktion[1])", die nur wieder gegen diese Theorie spricht, die aber nicht dazu berechtigt, dem Gerichtsvollzieher überhaupt keinen, dem Gläubiger Allein-Besitz zuzusprechen[2]). Im übrigen können wir auf unsere früheren Erörterungen verweisen; hervorzuheben wäre vielleicht noch, daß hier gewöhnlich die gepfändeten Sachen mit Ausnahme von Geld, Kostbarkeiten und Wertpapieren im Gewahrsam des Gläubigers gelassen werden, da ja der Gläubiger seine eigene Befriedigung kaum gefährden wird[3]).

---

[1]) Schenk, S. 58.

[2]) Schenk, S. 58.

[3]) Weigert, 39.

Erfolgt die Pfändung bei einem zur Herausgabe bereiten Dritten, so hat auch dieser u. E. die gleiche Stellung wie der Schuldner[1]). Er erlangt also mittelbaren Besitz, eventl. auch Gewahrsam. Der Dritte darf die in seinem Gewahrsam befindliche Sache dem Schuldner — der meist Eigentümer sein wird — nicht herausgeben, weil sie sich in Pfandverstrickung befindet und er sich eventl. nach § 137 StGB. strafbar machen würde, wenn dadurch die Verfügungsgewalt der Behörde aufgehoben oder erschwert wird. Es wird regelmäßig von Bedeutung sein, ob der Dritte oder der Schuldner sich im Gewahrsam des Gegenstandes befindet, und es ist nicht gesagt, daß der Gerichtsvollzieher auch den Schuldner in Gewahrsam gelassen hätte, da bei der Frage nach der Gefährdung der Befriedigung des Gläubigers die betreffende Person maßgebend ist. Gibt der Dritte die Sache zwecks Pfändung heraus, so liegt darin dem Eigentümer gegenüber keine arglistige Besitzaufgabe, da das Gesetz ihn hierzu ermächtigt, ebensowenig dem Zessionar gegenüber, da er nur die Rechte des Eigentümers hat[2]). Eine Pfändung gegen den Willen des Dritten ist auch dann nicht gestattet, wenn der Dritte bösgläubig und gerade in der Absicht den Gegenstand empfangen hat, den Gläubiger zu benachteiligen; es müßte[3]) trotzdem erst Klage erhoben werden.

Dem Dritten — nicht dem Schuldner[3]) — steht,

---

[1]) Vgl. Roer, 36; Weigert, 39.

[2]) Mitteilungen a. Rechtspfl. i. Geb. des vorm. Kurfürstent. Hessen, **4**, 41, Nr. 19.

[3]) OLG. Dresden i. Sächs. Arch., **1**, 63.

wie schon oben S. 64 erwähnt, falls er seine Einwilligung zur Pfändung nicht gegeben hat, gegenüber dem Gerichtsvollzieher die Besitzentziehungsklage zu, da in der ungesetzlichen Pfändung, die dem § 809 ZPO. widerspricht, verbotene Eigenmacht (§ 858 BGB.) liegt, deren sich der Dritte wie gegen jeden, so auch gegen den Gerichtsvollzieher erwehren kann[1]). Daneben hat er die Widerspruchsklage des § 771 ZPO.[2]) und Beschwerde aus § 766 ZPO., was hier weiter nicht von Interesse ist. Ihm steht der Schuldner gleich, falls er sich im Mitgewahrsam eines zur Herausgabe nicht bereiten Dritten befindet. Wer dagegen Anhänger der Mandatstheorie ist, wird die Spolienklage dem Dritten auch gegen den betreibenden Gläubiger geben müssen, da man vom Standpunkt dieser Theorie aus nicht wird einwenden können, der Gläubiger begehe dadurch, daß er sich mit seinem Auftrag an ein staatliches Vollstreckungsorgan wende, keine Eigenmacht; denn diese Theorie gibt gerade dem Gerichtsvollzieher dem Gläubiger gegenüber eine doppelte Stellung. Der Gerichtsvollzieher nimmt die Zwangsvollstreckung nicht in öffentlichem Interesse vor, sondern allein in dem des Gläubigers[3]). Der Dritte braucht also nicht erst sein Recht zum Besitze dem Gläubiger gegenüber geltend zu machen, sondern kann

---

[1]) Josef, ArchBürgR., **15**; RG., **14,** 363/4; Dernburg, Pand., 440, Anm. 10; OLG.Rspr., **4,** 148; Struckmann-Koch zu 805, 772; Sydow-Busch zu 805, 725; W. A. Müller, 61; vgl. auch Gruchot, **30,** 1170; Rottmann, 44, Anm. 1; a. M. Rhein. Arch., **98,** 114; Tenbieg, 22; zweifelnd Eccius, **3,** 94, Anm. 66.

[2]) RG., **34,** 424; a. M. W. A. Müller, 160.

[3]) RG., **14,** 363/4.

mit der Besitzklage Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangen[1]). Der Gerichtsvollzieher könnte auch nicht mit der Behauptung, er sei vom Gläubiger beauftragt worden, die Pfändung vorzunehmen, seine Passivlegitimation bestreiten. Nach Josefs Ansicht[2]) könnte gegen den Gläubiger nur dann geklagt werden, „wenn der Auftrag ausdrücklich auf Vornahme der Zwangsvollstreckung beim Dritten ging oder der Gläubiger ausdrücklich oder stillschweigend (z. B. durch Weigerung der Freigabe, Versteigerungsanträge) die Zwangsvollstreckung und hiermit die vom beauftragten Gerichtsvollzieher verübte verbotene Eigenmacht genehmigt." Warum nicht auch gegen den Gläubiger? Er ist durch die verbotene Eigenmacht (Mandatstheorie!) mittelbarer Besitzer geworden, ohne Unterschied, ob er etwas von der Pfändung gerade bei dem Dritten und seiner Weigerung gewußt hatte. Der Dritte will nun seinen durch verbotene Eigenmacht verlorenen Besitz zurückerhalten. Er kann sich also u. E. gegen einen der jetzigen Besitzer wenden, der seinen Besitz durch die widerrechtliche Besitzentziehung erhalten hat, mithin auch gegen den Gläubiger[3]).

§ 14.

Pfändung nach § 810 ZPO.

Früchte gehören als Bestandteile des Bodens (§ 93 BGB.) vor ihrer Trennung zum unbeweglichen Ver-

---

[1]) RG., **14,** 365.
[2]) S. 285 a. a. O.; ebs. RG., **14,** 358, 364.
[3]) Ebs. Biermann zu § 868, S. 21.

mögen; sie können nicht Gegenstand besonderer Rechte sein. In § 810 ZPO. ist hiervon eine Ausnahme gemacht; die Früchte werden für den Fall, daß ihre Beschlagnahme im Wege der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen noch nicht erfolgt ist, 1 Monat vor der Reife als bewegliche Sachen behandelt[1]) und unterliegen den Regeln der Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen. Der Gerichtsvollzieher müßte also nach unseren obigen Ausführungen an den gepfändeten Früchten Besitz ergriffen haben. Durch § 865 BGB. ist der Besitz an Sachteilen erlaubt. Der Besitz ist also insoweit auch an wesentlichen Bestandteilen möglich, wie „ein besonderes Gewaltverhältnis nach Lage des Falles und der Verkehrsanschauung[2])" — also Sachherrschaft — zuzulassen ist. Der Gerichtsvollzieher macht durch die Pfandtafeln seine Besitzergreifung nach außen kenntlich; er ist physisch jederzeit in der Lage, die Früchte, die ja regelmäßig[3]) der Natur der Sache nach im Gewahrsam des Schuldners belassen werden müssen, zu trennen, wenn auch das Gesetz diese Trennung vor der Reife verbietet (vgl. §§ 810, 824 ZPO.). Mag man nun den Begriff „Früchte" enger als § 99 BGB. fassen oder nicht, jedenfalls liegt u. E. kein Grund vor, diese anders zu behandeln als die Bäume, d. h. wenn man einen Teilbesitz an stehenden Bäumen zuläßt, muß man ihn auch an hängenden Früchten zulassen. Einige[3]) wollen hier nur einen Flächen-

---

[1]) Gaupp-Stein zu § 810.
[2]) Staudinger zu § 865.
[3]) Strohal, Sachbes., 32; Kniep, 69/70, 145; Kretzschmar

besitz annehmen, also einen Besitz an dem Stück Land, auf dem die Bäume stehen. Dies ist u. E. durchaus unrichtig. Worauf erstreckt sich hier nach dem Gemeinbewußtsein die Sachherrschaft? Finden wir in einem Garten eine Pfandtafel, die uns anzeigt, daß die Früchte zweier bestimmter Reihen von Obstbäumen gepfändet sind, so wird man doch nicht allgemein annehmen, daß der Gerichtsvollzieher das Stück Erde in Besitz hat, das die beiden Reihen einnehmen. Er hätte dann eben eine Beschlagnahme in das unbewegliche Vermögen angeordnet, die auch die Früchte ergreift. Damit wäre § 810 ZPO. überflüssig. Die Anhänger dieser Ansicht müssen dann auch zugeben, daß der Landstreifen, auf dem sich die Bäume befinden, mit den Früchten versteigert wird; denn es wird das versteigert, was zwecks Pfändung in den Besitz des Gerichtsvollziehers gekommen ist[1]). Diese Konsequenz dürfte für den in § 810 geregelten Sonderfall niemand ziehen. Der Gerichtsvollzieher hätte also an den Früchten wieder unmittelbaren Besitz ohne Gewahrsam.

§ 15.

Pfändung nach § 815 ZPO.

Nach § 815 ZPO[2]) ist dem Gläubiger gepfändetes Geld abzuliefern. Hier sind die Besitzverhältnisse auf

---

zu 865, 33; a. M. Biermann, 29; Turnau-Förster zu § 865, 80; Maenner, 130; Dernburg, 59/60; Wolff, 10; vgl. auch Schenk 37; Weigert, 42/3.

[1]) Vgl. § 814 ZPO. auf Grund unserer Auffassung, daß bei jeder Pfändung der Gerichtsvollzieher unmittelbarer Besitzer wird.

[2]) Vgl. Seuffert zu § 815, S. 507.

Grund unserer obigen Erwägungen folgende: der Gerichtsvollzieher hat, solange das Geld nicht abgeliefert ist, unmittelbaren, der Schuldner mittelbaren Besitz; nach der Ablieferung erlangt der Gläubiger unmittelbaren Alleinbesitz.

Eine kleine Modifikation erfährt der Besitz in § 815, II ZPO. Hiernach soll der Gerichtsvollzieher, wenn ihm glaubhaft gemacht wird, „daß an gepfändetem Gelde ein die Veräußerung hinderndes Recht eines Dritten bestehe", das Geld hinterlegen[1]). Maßgebend für die nähere Regelung der Hinterlegung sind die Landesgesetze. Es sind zwei Möglichkeiten zu unterscheiden: entweder geht das Eigentum auf den Staat über, dann hört natürlich der Besitz des Gerichtsvollziehers und Schuldners auf, oder das hinterlegte Geld ist wie in Preußen[2]) gesondert aufzubewahren; das Eigentum hätte der Staat also nicht erlangt. Letzteres ist für uns allein von Interesse. Daß der Schuldner wieder mittelbaren Besitz erhält, bedarf von unserm Standpunkt (vgl. oben S. 36) keiner weiteren Erörterung. Zwischen Gerichtsvollzieher und Staat besteht ein dem § 868 BGB. zum mindesten — wenn wir nicht Verwahrung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches annehmen wollen — ähnliches Verhältnis. Der Staat ist dem Gerichtsvollzieher gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt und verpflichtet, bis der Gerichtsvollzieher das Geld eventl. nach zwei Wochen zurückverlangt, um die Zwangsvollstreckung fortzusetzen[3]).

[1]) Vgl. preuß. Geschäftsanweisung für Gervollz., § 61, Nr. 3 (bei Schönfeld, 195); Gaupp-Stein zu § 815, 590.

[2]) Preuß. Hinterlegungsordnung von 1879 (Nov. 1899), § 81.

[3]) Weigert, 44.

§ 16.

Pfändung nach § 826 ZPO.

Wie gestalten sich die Besitzverhältnisse bei der Anschlußpfändung? Unter Anschlußpfändung versteht man die Pfändung einer bereits gepfändeten Sache. Sie erfolgt, falls die erste Pfändung durch den gleichen Gerichtsvollzieher vorgenommen ist, durch „die in das Protokoll aufzunehmende Erklärung des Gerichtsvollziehers, daß er die Sache für seinen Auftraggeber pfände", bei verschiedenen durch Zustellung einer Abschrift des Protokolls (§ 826, I und II ZPO.[1])). Ein erneuter Akt der Besitzergreifung an der Sache selbst ist nicht notwendig; die Publizität ist bereits durch die erste Pfändung gewahrt. Ferner kann der zweitpfändende Gerichtsvollzieher die bei der ersten Pfändung im Gewahrsam des Schuldners belassenen Gegenstände ohne weiteres, sofern nur die gesetzlichen Erfordernisse gegeben sind, aus dem Gewahrsam des Schuldners entfernen, ohne sich an die erste Pfändungsart halten zu müssen. Vom Standpunkt der Amtstheorie ergeben sich weiter keine Schwierigkeiten, zumal das Bürgerliche Gesetzbuch das Verbot der compossessio plurium in solidum nicht kennt[2]). Bei der Mandatstheorie ist noch die Frage zu berücksichtigen, ob der erste Gläubiger sich diesen Mitbesitz gefallen lassen muß, da er den Gerichtsvollzieher beauftragt hatte, die Sache für ihn allein in Besitz zu nehmen. Der Gerichtsvollzieher hat

[1]) Hierin sieht v. Sarwey zu 727 (a. Fassg.) eine symbolische Besitzübertragung.

[2]) Riedinger, 60; Weigert, 61/8.

seiner Pflicht genügt, wenn er für den Gläubiger nach den gesetzlichen Vorschriften den Besitz ergriffen hat. Durch die Anschlußpfändung wird der Gläubiger in seinen Rechten nicht gestört. Er kann nur verlangen, daß er nach Maßgabe des § 827, II regelmäßig vor dem zweiten Gläubiger Befriedigung erlangt. Diese Ergreifung des Mitbesitzes stellt sich rechtlich als ein Akt des Selbstkontrahierens dar; nach § 181 BGB. kann ein Vertreter im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nur vornehmen, wenn es ihm gestattet ist, oder es sich um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt. Durch § 826 ist ihm diese Erlaubnis besonders erteilt[1]). Wird die erste Pfändung aufgehoben, so behält der Gerichtsvollzieher den durch die Anschlußpfändung begründeten Besitz; die Anschlußpfändung rückt in die erste Stelle. Mit der weiteren Aufhebung auch dieser Anschlußpfändung dagegen gibt der Gerichtsvollzieher seinen Besitz auf. Die Sachen werden pfandfrei. Eine neue Pfändung kann mithin nur im Wege der §§ 808 ZPO., aber nicht des § 826 ZPO. erfolgen[2]).

---

[1]) Schenk, 39, 59.

[2]) Liesicki u. Drewes, 91.

Schluss.

Darlegung der Ergebnisse.

Ein Rückblick auf unsere Arbeit zeigt, daß wir im Falle des § 808, I und II ZPO. zu demselben Ergebnis gekommen sind: einem unmittelbaren Besitz des Gerichtsvollziehers und einem durch ihn vermittelten mittelbaren Besitz des Schuldners, ein Resultat, das im Interesse der einheitlichen Regelung des Pfändungsaktes zu wünschen ist. Der einzige Unterschied zwischen den beiden Absätzen ist, daß im Falle des § 808, II der Gewahrsam beim Schuldner bleibt. Wir haben dargelegt, daß dies mit dem unmittelbaren Besitz des Gerichtsvollziehers vereinbar ist. Der Gläubiger erhält in keinem Falle Besitz.